التّكملة الثّانية



المجموع شرح المهذّب

الجزء السابع عشر

النّاشر
المكتبة السّلفية
المدينة المنوّرة

بسم الله الرحمن الرحيم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الخلع

إذا كرهت المرأة زوجها لقبح منظر ، أو سوء عشرة وخافت أن لا تؤدى حقه ، جاز أن تخالعه على عوض ، لقوله عز وجل « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » .

وروى أن جميلة بنت سهل كانت تحت ثابت بن قيس بن الشماس وكان يضربها فأتت الى النبي (ص) وقالت لا أنا ولا ثابت وما أعطانى ، فقال رسول الله (ص) خذ منها ، فأخذ منها فقعدت فى بيتها ، وإن لم تكره منه شيئا وتراضيا على الخلع من غير سبب جاز ، لقوله عز وجل « فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئاً مريئاً » ولأنه رفع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر فجاز من غير ضرر كالإقالة فى البيع ، وإن ضربها أو منعها حقها طمعاً فى أن تخالعه على شيء من مالها لم يجز ، لقوله عز وجل « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » فإن طلقها فى هذه الحال على عوض لم يستحق العوض لأنه عقد معاوضة أكرهت عليه بغير حق فلم يستحق فيه العوض كالبيع ، فإن كان ذلك بعد الدخول فله ان يراجعها ، لأن الرجعة إنما تسقط بالعوض وقد سقط العوض فتثبت الرجعة فيه ، فإن زنت فمنعها حقها لتخالعه على شيء من مالها ففيه قولان (أحدهما) يجوز ويستحق فيه العوض : لقوله عز وجل « إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » فدل على أنها إذا أتت بفاحشة جاز عضلها ليأخذ شيئا من مالها (والثانى) أنه لا يجوز ولا يستحق فيه العوض ، لأنه خلع أكرهت عليه بمنع الحق فأشبه إذا منعها حقها لتخالعه من غير زنا ، فأما الآية فقد قيل إنها منسوخة بآية الإمساك فى البيوت وهى قوله تعالى « فأمسكوهن فى البيوت حتى يتوفاهن الموت » ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم ، ولأنه روى عن قتادة انه فسر الفاحشة بالنشوز ، فعلى هذا إذا كان ذلك بعد الدخول فله ان يراجعها لما ذكرناه

(الشرح) خبر جميلة بنت سهل يؤخذ على المصنف سوقه بقوله ، وروى أن جميلة .
هكذا بصيغة التمريض مع أن الخبر مروى فى صحيح البخارى وسنن النسائى بلفظ
عن ابن عباس قال « جاءت امرأة ثابت بن قيس بن شماس إلى رسول الله (ص)
فقالت يا رسول الله إنى ما أعتب عليه فى خلق ولا دين ، ولكنى أكره الكفر
فى الإسلام ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ، قالت
نعم ، فقال رسول الله (ص) اقبل الحديقه وطلقها تطليقه » ورواه ابن ماجه من
طريق أزهر بن مروان وهو صدوق مستقيم الحديث وبقية إسناده من رجال
الصحيح ، وكذلك النسائى والبيهقى أخرجاه بأسانيد رجالها رجال الصحيح ولفظه
« عن ابن عباس أن جميلة بنت سلول أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت والله
ما أعتب على ثابت فى دين ولا خلق ولكنى أكره الكفر فى الاسلام لا أطيقه
بغضاً ، فقال لها النبى صلى الله عليه وسلم أتردين عليه حديقته ؛ قالت نعم ، فأمره
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأخذ حديقته ولا يزداد » وأخرجه النسائى عن
الربيع بنت معوذ « أن ثابت بن قيس بن شماس ضرب امرأته فكسر يدها ؛ وهى
جميلة بنت عبد الله بن أبى فأتى أخوها يشتكيه إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم
فأرسل النبى (ص) الى ثابت فقال له خذ الذى لها عليك وخل سبيلها ، قال نعم
فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم ان تتربص حيضة واحدة وتلحق بأهلها »
وفى الترمذى عن ابن عباس وقال حسن غريب ولفظه « ان امرأة ثابت بن قيس
اختلعت من زوجها ، فأمرها النبى صلى الله عليه وسلم ان تعتد بحيضة » واخرجه
الترمذى عن الربيع بنت معوذ ، وكذلك النسائى وابن ماجه ، واخرجه الدارقطنى
والبيهقى عن ابى الزبير

وروى مالك فى موطئه عن حبيبة بنت سهل « انها كانت تحت ثابت بن قيس
ابن شماس وان رسول الله صلى الله عليه وسلم خرج الى صلاة الصبح فوجدها
عند بابه ، فقال من هذه ، قالت انا حبيبة بنت سهل ، قال ما شأنك ، قالت لا انا
ولا ثابت بن قيس إلى آخر ما ساقه المصنف من الروايه ، اخرجه اصحاب السنن
وصححه ابن خزيمه وابن حبان من هذا الوجه ، واخرجه ابو داود من حديث
عائشه ان حبيبه بنت سهل كانت عند ثابت بن قيس . واخرج البزار من حديث

ابن عمر نحوه ، قال ابن عبد البر : اختلف فى امرأة ثابت بن قيس ، فذكر البصريون أنها جميلة بنت أبي ، وذكر المدنيون أنها حبيبة بنت سهل ، قال الحافظ ابن حجر : الذى يظهر لى أنهما قصتان وقعتا لامرأتين لشهرة الخبرين وصحة الطريقين واختلاف السياقين . بخلاف ما وقع من الاختلاف فى تسمية جميلة ونسبتها ، فإن سياق قصتها متقارب فأمكن رد الاختلاف فيه الى الوفاق . اه

ووهم ابن الجوزى فقال : إنها سهلة بنت حبيب ، وإنما هى حبيبة بنت سهل ولكنه انقلب عليه ذلك .

وروى الشافعى عن مالك عن يحي بن سعيد عن عمرة بنت عبد الرحمن عن حبيبة بنت سهل أن النبي صلى الله عليه وسلم خرج الى صلاة الصبح فوجدها على بابه إلى آخر الرواية التى ساقها مالك فى موطئه

أما اللغات فإن الخلع هو النزع ، وخالعت المرأة زوجها إذا افتدت منه وطاقها على الفدية فخلعها هو خلعاً والاسم الخُلع بالضم وهو استعارة من خلع اللباس وقال ابن بطال : أصل الخلع من خلع القميص عن البدن وهو نزعه عنه وإزالته لأنه يزيل النكاح بعد لزومه ، وكذا المرأة لباس للرجل وهو لباس لها ، قال تعالى « هن لباس لكم وأنتم لباس لهن » فإذا تخالعا فقد نزع كل واحد منهما لباسه . وقوله « فكلوه هنيئا مريئا » هَنُؤَ الشيء بالضم مع الهمز هناءة بالفتح والمد تيسّر من غير مشقة ولا عناء فهو هنيء ، ويجوز الإبدال والادغام . وهَنَأَنى الولد يَهْنَؤُنى مهموز من بابى نفع وضرب ؛ وتقول العرب فى الدعاء ليَهْنِئْك الولد بهمزة ساكنة وبإبدالها ياء وحذفها عامى ومعناه سر فى الطعام يهنؤنى ساغ ولذ . وأكلته هنيئا مريئا . أى بلا مشقة ، ويهنوه اضم المضارع فى الكل لغة . قال بعضهم : وليس فى الكلام يفعل بالضم مهموزاً مما ماضيه بالفتح غير هذا الفعل ، ومرؤ الطعام مراءة مثال ضخم ضخامة فهو مرىء ، ومرىء بالكسر لغة ومرئته بالكسر أيضا يتعدى ولا يتعدى ، واستمرأته وجدته مريئا ، وأمرأنى الطعام بالألف ، ويقال هنأنى الطعام ، ومرأنى بغير ألف الازدواج ، فإذا أفرد قيل : أمرأنى بالألف . ومنهم من يقول مرأنى وأمرأنى لغتان ، فقوله هنيئا مريئا ، أى بطيب نفس ونشاط قلب . وقيل هنيئا لا إثم فيه ومريئاً لا داء فيه .

أما الأحكام فإن الخلع ينقسم الى ثلاثة أقسـام . مباحان ومحظور ، فأحد المباحين إذا كرهت المرأة خلق الزوج أو خلقه أو دينه وخافت أن لا تؤدي حقه فبذلت له عوضاً ليطلقها جاز ذلك وحل له أخذه بلا خلاف ، لقوله تعالى « فإن خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولما رواه الشافعي وغيره من خبر حبيبة بنت سهل وكانت تحت قيس بن ثابت بن شماس إلى آخر الحديث وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي هنا في المهذب جميله بنت سهل . وروى أن الربيع بنت معوذ بن عفراء أن جميله بنت عبد الله بن أبي اختلعت على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم .

القسم الثاني ، من المباح أن تكون الحال مستقيمة بين الزوجين ولا يكره أحدهما الآخر فتراضيا على الخلع فيصح الخلع ، ويحل للزوج ما بذلت له ، وبه قال مالك وأبو حنيفة وأكثر أهل العلم

الضرب الثالث ، هو أن يضربها أو يخوفها بالقتل أو يمنعها النفقة والكسوة لتخالعه ، فهذا محظور لقوله تعالى « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » والعضل المنع ، فإن خالعته في هذه الحال وقع الطلاق ولا يملك الزوج ما بذلته على ذلك — فإن كان بعد الدخول — كان رجعياً ، لأن الرجعة إنما سقطت لأجل ملكه المال ، فإذا لم يملك المال كان له الرجعة ، فإن ضربها للتأديب للنشوز فخالعته عقب الضرب صح الخلع ، لأن ثابت بن قيس كان قد ضرب زوجته فخالعته مع علم النبي صلى الله عليه وسلم ولم ينكر عليهما ولأن كل عقد صح قبل الضرب صح بعده ، كما لو حد الامام رجلا ثم اشترى منه شيئا عقيبه .

قال الطبري ، وهكذا لو ضربها لتفتدي منه فافتدت نفسها منه عقيبه طائعة صح ذلك لما ذكرناه .

وان زنت فمنعها حقها لتخالعه فخالعته ففيه قولان (أحدهما) أنه من الخلع المباح ، لقوله تعالى « ولا تعضلوهن لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة » فدل على أنها اذا أتت بفاحشة جاز عضلها

(والثانى) انه من الخلع المحظور لأنه خلع أكرهت عليه بمنع حقها، فهو كما لو أكرهها بذلك من غير زنا. وأما الايه فقيل انها منسوخة بالامساك بالبيوت. وهو قوله تعالى «واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم» ثم نسخ ذلك بالجلد والرجم.

* * *

وقال العلامة صديق حسن خان فى كتابه حسن الأسوة فيما ورد عن الله ورسوله فى النسوة، باب ما نزل فى إرث المرأة والعضل وعدم أخذ المهر منهن وان زاد، قال الله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها) أى مكرهين على ذلك

ومعنى الاية يتضح بمعرفة سبب نزولها، وهو ما أخرجه البخارى وغيره عن ابن عباس قال: كان اذا مات الرجل كان أولياؤه أحق بامرأته، إن شاء بعضهم تزوجها — وإن شاءوا لم يزوجوها — فهم أحق بها من أهلها، فنزلت الآيه.

وفى لفظ لأبى داود عنه «كان الرجل يرث امرأة ذات قرابة فيعضلها حتى تموت أو ترد اليه صداقها»

وفى لفظ لابن جرير وابن أبى حاتم عنه «فإن كانت جميلة تزوجها، وان كانت دميمة حبسها حتى تموت فيرثها»

وقد روى هذا السبب بألفاظ فمعناها «لا يحل لكم أن تأخذوهن بطريق الإرث فتزعمون أنكم أحق بهن من غيركم وتحبسوهن لأنفسكم، ولا يحل لكم أن تعضلوهن عن أن يتزوجكن غيركم ضراراً، لتذهبوا ببعض ما آتيتموهن. أى لتأخذوا ميراثهن إذا متن أو ليدفعن اليكم صداقهن إذا أذنتم لهن فى النكاح.

وقيل الخطاب لأزواج النساء إذا حبسوهن مع سوء العشرة طمعاً فى إرثهن أو يفتدين ببعض مهورهن. واختاره ابن عطية. اه

(مسألة) قال فى البيان : ويصح الخلع بالمهر المسمى وبأقل منه وبأكثر منه وبه قال الثورى ومالك وأبو حنيفة وأصحابه وأكثر أهل العلم ، وقال طاوس والزهرى والشعبى وأحمد وإسحاق : لا يصح الخلع بأكثر من المهر المسمى اهـ .

قلت : وقد استدل القائلون بمنع الزيادة بحديث أبى الزبير بإسناد صحيح عند الدارقطنى وقال : سمعه أبو الزبير من غير واحد « أن ثابت بن قيس بن شماس كانت عنده بنت عبد الله بن أبى بن سلول ، وكان أصدقها حديقة فقال النبى صلى الله عليه وسلم : أتردين حديقته ، قالت نعم وزيادة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم أما الزيادة فلا ، ولكن حديقته ، قالت نعم ، فأخذها له وخلى سبيلها فلما بلغ ذلك ثابت بن قيس قال قد قبلت قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم » قالوا : ويؤيد ذلك ما عند ابن ماجه والبيهقى من حديث ابن عباس « أن النبى صلى الله عليه وسلم أمره أن يأخذ منها ولا يزداد » وفى رواية عبد الوهاب عن سعيد قال أيوب لا احفظ فيه ولا يزداد .

وفى رواية الثورى وكره أن يأخذ منها أكثر مما أعطى ، ذكر ذلك كله البيهقى قال ووصله الوليد بن مسلم عن ابن جريج عن ابن عباس . وقال أبو الشيخ هو غير محفوظ يعنى الصواب إرساله .

وأخرج عبد الرزاق عن على أنه قال . لا يأخذ منها فوق ما أعطاها ، وعن طاوس وعطاء والزهرى مثله ، وهو قول أبى حنيفة وأحمد وإسحاق والهادوية ، وعن ميمون بن مهران من أخذ أكثر مما أعطى لم يسرح بإحسان . وأخرج عبد الرزاق بسند صحيح عن سعيد بن المسيب قال ما أحب أن يأخذ منها بأكثر مما اعطاها . قال مالك لم ار احداً ممن يقتدى به يمنع ذلك لكنه ليس من مكارم الأخلاق ، دليلنا على القائلين بالمنع قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به » ولم يفرق ، وهو عوض مستفاد بعقد فلم يتقدر كالمهر والثمن ، ولأن ابن سعد اخرج عن الربيع قال كان بينى وبين ابن عمى كلام ، وكان زوجها ، قالت ، فقلت له لك كل شىء وفارقنى ، قال قد فعلت ، فأخذ والله كل فراشى ، فجئت عثمان وهو محصور فقال الشرط املك خذ كل شىء حتى عقاص رأسها .

وفى البخارى عن عثمان انه اجاز الخلع دون عقاص رأسها . وروى البيهقى

عن أبي سعيد الخدري قال : كانت أختي تحت رجـل من الأنصار فارتفعا إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها أتردين حديقته ؟ قالت : وأزيده ، فردت عليه حديقته وزادته ، ومحصل هذا كله أن الزيادة جائزة مع عدم لياقتها بمكارم الأخلاق فتحمل أدلة المنع على التنزيه . ويصح بالدين والعين والمنفعة كما قلنا في المهر ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ولا يجوز للأب أن يطلق إمرأة الإبن الصغير بعوض وغير عوض لما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال « إنما الطـلاق بيد الذي يحل له الفرج » ولأن طريقه الشهوة فلم يدخـل في الولاية ، ولا يجوز أن يخلع البنت الصغيرة من الزوج بشيء من مالها ، لأنه يسقط بذلك حقها من المهر والنفقة والاستمتاع فإن خالعها بشيء من مالها لم يستحق ذلك ، وإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه ، ومن أصحابنا من قال : إذا قلنا : إن الذي بيده عقدة النكاح هو الولي فله أن يخالعها بالإبراء من نصف مهرها ، وهـذا خطأ . لأنه إنما يملك الإبراء على هذا القول بعد الطلاق ، وهذا الابراء قبل الطلاق .

(فصل) ولا يجوز للسفيهة أن تخالع بشيء من مالها لأنها ليست من أهل التصرف في مالها ، فان طلقها على شيء من مالها لم يستحق ذلك . كما لا يستحق ثمن ما باع منها ، فإن كان بعد الدخول فله أن يراجعها لما ذكرناه . ويجوز للأمة أن تخالع زوجها على عوض في ذمتها : ويجب دفع العوض من حيث يجب دفع المهر في نكاح العبـد ، لأن العوض في الخلع كالمهر في النكاح ، فوجب من حيث يجب المهر .

(فصـــل) ويصح الخلع مع غير الزوجة . وهو أن يقول رجل : طلق إمرأتك بألف علي . وقال أبو ثور : لا يصح لأن بذل العوض في مقابلة ما يحصل لغيره سفه ، ولذلك لا يجوز أن يقول لغـيره : بع عبدك من فلان بألف علي ، وهذا خطأ لأنه قد يكون له غرض ، وهو أن يعلم أنهما على نكاح فاسد أو تخاصم دائم ، فيبذل العوض ليخلصهما طلباً للثواب ، كما يبذل العوض لاستنقاذ أسير

أو حر فى يد من يسترقه بغـير حق ، ويخالف البيع فإنه تمليك يفتقر إلى رضا المشترى ، فلم يصح بالأجنبى ، والطـلاق إسقاط حق لا يفتقر إلى رضا المرأة فصح بالمالك والأجنبى . كالعتق بمال . فان قال : طلق إمرأتك على مـهرها وأنا ضامن فطلقها بانت ورجع الزوج على الضامن بمهر المثل فى قوله الجديد ، وببدل مهرها فى قوله القديم ، لأنه أزال الملك عن البضع بمـال ولم يسلم له وتعذر الرجوع إلى البضع ، فكان فيما يرجع اليه قولان كما قلنا فيمن أصدق إمرأته مالا فتلف قبل القبض .

(الشرح) الأحكام : لا يجوز للأب أن يطلق إمرأة ابنه الصغير أو المجنون بعوض ولا بغير عوض . قال الحسن وعطاء وأحمد : له أن يطلقها بعوض وبغير عوض . وقال مالك : له أن يطلقها بعوض ؛ ولا يصح أن يطلقها بغير عوض دليلنا قوله صلى الله عليه وسـلم « إنما الطلاق لمن أخذ بالساق » رواه ابن ماجه والدارقطنى عن ابن عباس وفى إسناد ابن ماجه ابن لهيعة ، وأخرجه ابن عدى وفى إسناده كما فى إسناد الدارقطنى عصمة بن مالك ، وأخرجه الطـبرانى وفى اسناده يحى الحانى .

قال الشوكانى : وطرقه يؤيد بعضها بعضاً .

وقال ابن القيم : ان حديث ابن عبـاس وإن كان فى اسناده ما فيه فالقرآن يعضده وعليه عمل الناس . قلت ولأن فى ذلك اسقاط حقه من النكاح فلم يصح من الأب كالابراء عن دينه .

(فرع) وان قال رجل لآخر : طلق ابنتى وأنت برىء من مـهرها أو على أنك براء من مـهرها ، فطلقها الزوج وقع الطلاق ولا يبرأ من مهرها سواء كانت كبيرة أو صغيرة لأنها إن كانت كبيرة فلأنه لا يملك التصرف فى مالها وان كانت صغيرة فلا يجوز له التصرف فى مالها بما لا حظ لها فيه ولا يلزم الآن للزوج شىء لانه لم يضمن له وقال أبو على بن أبى هريرة : اذا قلنا ان الولى الذى بيده عقدة النكاح صح اذا كانت صغيرة أو مجنونة ، وهذا ليس بشىء . لان هذا الابراء قبل الطلاق ، وان قال طلقها وأنت برىء من مهرها وعلىّ ضمان الدرك ، أو اذا طالبتك فأنا ضامن

فطلقها وقع الطلاق ثانيا ، ولا يبرأ الزوج من المهر ويكون له الرجوع على الأب وبماذا يرجع عليه ؟ فيه قولان (أحــدهما) بمهر مثلها (والثانى) بمثل مهرها المسمى . هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : إذا قال : طلقها على أنك برىء من مهرهــا فطلقها لم يقع الطلاق . وأما إذا قال : وأنت برىء من صــداقها وأنا ضامن ؛ أو إذا طالبتك فأنا ضامن ففيه وجهان بنــاء على القولين فى من بيده عقدة النكاح . ولو خالعه الأب بعين من الاعيان من مالها وضمن الاب دركها وقع الطلاق بائناً ولا يملك الزوج العين ، وبماذا يرجع على الاب ؟ على قولين (أحدهما) بمهر مثلها (والثانى) بقدر العين ، هذا نقل البغداديين .

وقال المسعودى : إذا كان الزوج جاهلا بأنها من مالها فسد العوض ، وفيما ترجع به على الأب القولان ، وان علم أنها من مالها ، فإن نسب الأب ذلك الى مالها وقع الطلاق رجعيا ، وان أطلق فوجهان .

(أحـــدهما) يقع رجعيا لأنه قد علم أنه من مالها (والثانى) يقع بائناً ولا يملك العين ، وبماذا يرجع على الأب على القولين ، لأنه اذا لم يضف ذلك الى مالها احتمل انتقال ملكها الى الاب .

وقال ابن قدامة من الحنابلة اذا قال الاب طلق ابنتى وأنت برىء من صداقها فطلقها وقع الطلاق رجعيا ولم يبرأ من شىء لم يرجع على الاب ولم يضمن له لانه أبرأه مما ليس له الابراء منه فأشبه الأجنبى .

قال القاضى : وقال أحمد : انه يرجع على الأب ، وقال وهذا محمول على أن الزوج كان جاهلا بأن ابراء الأب لا يصح ، فكان له الرجوع عليــه لأنه غره فرجع عليه كما لو غره فزوجه معيبة ، وان علم أن ابراء الأب لا يصح لم يرجع بشىء ويقع الطلاق رجعياً لأنه خلا عن العوض وفى الموضع الذى يرجع عليه الطلاق بائناً لأنه بعوض ، فإن قال الزوج هى طالق ان أبرأتنى من صداقها ، فقال الأب قد أبرأتك لم يقع الطلاق لانه لا يبرأ .

وروى عن أحمد أن الطلاق واقع . فيحتمل أنه أوقعه اذا قصد الزوج تعليق

الطـلاق على مجرد التلفظ بالإبراء دون حقيقة البراءة ، وإن قال الزوج : هي طالق إن برئت من صداقها لم يقع لأنه علقه على شرط ولم يوجد ، وان قال الاب طلقها على ألف من مالهـا وعليّ الدرك فطلقها طلقت بائناً لأنه بعوض وهو ما لزم الاب من ضمان الدرك ولا يملك الالف لانه ليس له بذلها اه .

قوله (فصل) ولا يجوز للسفيهة الخ . فإنه كما قال ، اذ لا يجوز للسفيهة أن تخالع بشيء من مالها ولا في ذمتها سواء أذن لها الولي أو لم يأذن ، لأنه لا حظ لها في ذلك ، فإن فعلت ذلك وقع الطلاق رجعيا ، لان الرجعية انما تسقط لان الزوج يملك العوض . ويصح خلع المحجور عليها لفلس ؛ وبذلها للعوض صحيح ، لأن لها ذمة يصح تصرفها فيها ، ويرجع عليها بالعوض اذا أيسرت وفك الحجر عنهـا ، وليس له مطالبتها في حال حجرها كما لو استدانت منه أو باعها شيئاً في ذمتها . هذا مذهبنا ومذهب أحمد وأصحابه

قوله (فصل) ويصح الخلع مع غير الزوجة الخ . وهو كما قال اذ لو قال الرجل لآخر : طلق امرأتك بألف عليّ فطلقها وقع الطلاق بائناً ، واستحق الزوج الألف على السائل ، وبه قال عامة أهـل العلم الا أبا ثور فإنه قال : يقع الطلاق رجعياً ، ولا يستحق على السائل عوض ؛ فيكون سفها من السائل لو بذل عوضا فيما لا منفعة له فيه ، فان الملك لا يحصل له ، فأشبه مالو قال بع عبدك لزيد على

دليلنا أنه بذل مال في مقابلة اسقاط حق عن غيره فصح كما لو قال اعتق عبدك وعليّ ثمنه . ولانه لو قال أسقط متاعك في البحر وعلى ثمنه صح ولزمه ذلك مع أنه لا يسقط حقا عن أحد . فههنا أولى . ولأنه حق على المرأة يجوز أن يسقط عنها بعوض فجاز لغيرها كالدين . وفارق البيع فانه تمليك فلا يجوز بغير رضاه من يثبت له الملك . وان قالت له طلقني وضرتي بألف فطلقهما وقع الطلاق بهما بائنا واستحق الألف على باذلته لأن الخلع مع الأجنبي جائز ، وان طلق احداهما فانها تطلق طلاقاً بائناً ولزم الباذلة بحصتها من الالف ، وهذا مذهبنا ومذهب أحمد . الا أن بعض أصحابنا قال يلزمه مهر مثل المطلقة . وقياس قول بعض الأصحاب فيما اذا قالت : طلقني ثلاثاً بألف فطلقها واحدة لم يلزمها شيء

ووقعت بهـا التطليقة أن لا يلزم الباذلة ههنا شيء لأنه لم يجبها إلى ما سألت فلم يجب عليها ما بذلت ؛ ولأنه قد يكون غرضها فى بينونتهما جميعاً منه ، فإذا طلق إحداهما لم يحصل غرضها فلا يلزمها عوضها .

وإن قالت طلقنى بألف على أن تطلق ضرتى أو على أن لا تطلق ضرتى فالخلع صحيح والشرط والعوض باطلان ويرجع إلى مهر المثل فى قوله الجديد ، وببذل مهرها فى قوله القديم لأن الشرط سلف فى الطلاق ، والعوض بعضه فى مقابلة الشرط الباطل ، فيكون الباقى مجهولا . وقال أحمد وأصحابه : الخلع صحيح والشرط والبـذل لازم ؛ لأنها بذلت عوضاً فى طلاقها وطلاق ضرتها فصح ، كما لو قالت طلقنى وضرتى بألف ، فإن لم يف لها بشرطها فعليها الأقل من المسـمى أو الألف الذى شرطته ، قالوا ويحتمل أن لا يستحق شيئا من العوض لأنها إنما بذلته بشرط لم يوجد فلا يستحقه كما لو طلقها بغير عوض . وقال أبو حنيفة : الشرط باطل والعوض صحيـح ، لأن العقد يستقل بذلك العوض

قلت : قد يكون فى دخول الأجنبى للتفرقة بين المرء وزوجه تطفل وفضول أو سفه كما يقول أبو ثور ، إلا أن الذى بيده عقدة النكاح - إذا قلنا هو الزوج - فانه هو الموقع للطلاق . وقد يكون فى فضـول الأجنبى نوع من الغوث وإنقاذ مكروبة تقع فى يد من يظلمها فهو يبتغى بتخليصها من الظلم ثواب الاخرة . فاذا صح احتمال هذا صحت القضية وتوجه تدخل الأجنبى بما التزم من البذل والشرط والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويجوز الخلع فى الحيض ؛ لأن المنع من الطلاق فى الحيض للضرر الذى يلحقها بتطويل العـدة ؛ والخلع جعل للضرر الذى يلحقها بسوء العشرة والتقصير فى حق الزوج ، والضرر بذلك أعظم من الضرر بتطويل العدة ، فجاز دفع أعظم الضررين بأخفهما .

ويجوز الخلع من غير حاكم لأنه قطع عقد بالتراضى جعل لدفع الضرر ، فلم يفتقر الى الحاكم كالإقالة فى البيع .

(فصل) ويصح الخلع بلفظ الخلع والطلاق ، فإن خالعها بصريح الطلاق أو بالكناية مع النية فهو طلاق ، لأنه لا يحتمل غير الطلاق ، فإن خالعها بصريح الخلع نظرت ، فان لم ينو به الطلاق ففيه ثلاثة أقوال

(أحدها) أنه لا يقع به فرقة ، وهو قوله فى الأم ، لأنه كناية فى الطلاق من غير نية فلم يقع بها فرقة ، كما لو عريت عن العوض

(والثانى) أنه فسخ ، وهو قوله فى القديم ، لأنه جعل للفرقة فلا يجوز أن يكون طلاقا ؛ لأن الطلاق لا يقع إلا بصريح أوكناية مع النية ؛ والخلع ليس بصريح فى الطلاق ولا معه نية الطلاق ، فوجب أن يكون فسخاً

(والثالث) أنه طلاق ، وهو قوله فى الاملاء ، وهو اختيار المزنى ، لأنها إنما بذلت العوض للفرقة ، والفرقة التى يملك إيقاعها هى الطلاق دون الفسخ ، فوجب أن يكون طلاقا ، فإن قلنا إنه فسخ صح بصريحه ، وصريحه الخلع والمفاداة ، لأن المفاداة ورد بها القرآن ، والخلع ثبت له العرف ، فاذا خالعها بأحد هذين اللفظين انفسخ النكاح من غير نية ، وهل يصح الفسخ بالكناية كالمباراة والتحريم وسائر كنايات الطلاق ، فيه وجهان

(أحدهما) لا يصح لأن الفسخ لا يصح تعليقه على الصفات فلم يصح بالكناية كالنكاح (والثانى) يصح لأنه أحد نوعى الفرقة فانقسم لفظها الى الصريح والكناية كالطلاق ، فعلى هذا إذا خالعها بشىء من الكنايات لم ينفسخ النكاح حتى ينويا .
واختلف أصحابنا فى لفظ الفسخ . فمنهم من قال هو كناية لأنه لم يثبت له عرف فى فرقة النكاح ، ومنهم من قال هو صريح لأنه أبلغ فى معنى الفسخ من لفظ الخلع ، وان خالع بصريح الخلع ونوى به الطلاق ـ فان قلنا بقوله فى الاملاء ـ فهو طلاق . لأنه اذا كان طلاقا من غير نية الطلاق فمع النية أولى ، وان قلنا بقوله فى الأم فهو طلاق ، لأنه كناية فى الطلاق اقترنت به نية الطلاق ، وان قلنا بقوله فى القديم ففيه وجهان (أحدهما) أنه طلاق لأنه يحتمل الطلاق ، وقد اقترنت به نية الطلاق (والثانى) أنه فسخ لأنه على هذا القول صريح فى فسخ النكاح فلا يجوز أن يكون كناية فى حكم آخر من النكاح كالطلاق لما كان صريحا فى فرقة النكاح لم يجز أن يكون كناية فى الظهار

(الشرح) الأحكام : يصح الخلع فى الحيض لقوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولم يفرق ، وخالعت حبيبة بنت قيس زوجها بإذن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولم يسألها هل هى حائض أو طاهر ، فدل على أن الحكم لا يختلف ، ويصح الخلع من غير حاكم ، وبه قال عامة أهل العلم . وقال الحسن البصرى وابن سيرين لا يصح إلا بالحاكم ؛ ودليلنا قوله تعالى (فلا جناح عليهما فيما افتدت به) ولم يفرق .

قوله : فصل ويصح الخلع بلفظ الطلاق الخ . فهو كما قال ، ذلك أنه إذا خالعها بصريح الطلاق أو بشىء من كنايات الطلاق ونوى به الطلاق فهو طلاق ينقص به العـدد فى الطلاق . وإن خالعها بلفظة الخلع ولم ينو به الطلاق ففيه قولان . (أحدهما) وهو قوله فى القديم أنه فسخ ، وبه قال ابن عباس وعكرمة وطاوس وأحمـد وإسحاق وأبو ثور ، واختاره ابن المنـذر والمسعودى ، لأنه نوع فرقة لا تثبت فيه الرجعة بحال فكان فسخا ، كما لو أعتقت الامة تحت عبـد ففسخت النكاح ، فعلى هذا لا ينقص به عدد الطلاق ، بل لو خالعها ثلاث مرات وأكثر حلت له قبل زوج .

(والثانى) أنه طلاق ، وبه قال عثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وابن مسعود ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفـة وأصحابه ، لأنه فرقة لا يفتقر الى تكرار اللفظ ولا تنفرد به المرأة فكان طلاقا كصريح الطلاق . فقولنا لا يفتقر الى تكرار احتراز من اللعان . وقولنا لا تنفرد به المرأة احتراز من الردة ، فإذا قلنا بهذا فهل هو صريح أو كناية ؟ فيه قولان

قال فى الاملاء هو صريح فى الطلاق ، لأن دخول العوض فيه كدخول النية فى كنايات الطلاق ، وقال فى الام هو كناية فى الطلاق ، فلا يقع به الطلاق الا بالنية كسائر كنايات الطلاق ، فاذا قلنا انه طلاق نقص به عدد الطلاق ، وان قلنا ان الخلع فسخ كان صريحه الخلع والمفاداة ، لأن الخلع وردت به السنة وثبت له عرف الاستعمال ، والمفاداة ورد بها القرآن وثبت لها عرف الاستعمال ، فإن قالت افسخنى على ألف ، أو اصحبنى بالف ، فقال أصحبك أو فسختك ؛ فهل هو صريح فى الفسخ أو كناية فيه ؟ على وجهين

(أحدهما) أنه كناية فى الفسخ فلا يقع به الفسخ حتى ينويا الفسخ ، لأنه لم يثبت به عرف الاستعمال ولم يرد به الشرع .

(والثانى) أنه صريح فيه ، فينفسخ النكاح من غير نية ـ قال فى البيان ـ وهو الاصح لأنه حقيقة فيه ، ومعروف فى عرف أهل اللسان ، فإن قالت خالنى على ألف أو بتنى أو غير ذلك من كنايات الطلاق ، فقال خالعتك أو بتتك ولم ينويا الطلاق ـ فان قلنا ان الخلع صريح بالطلاق وبدخوله العوض ـ صارت هذه الكنايات صريحة فى الطلاق بدخول العوض فيها ، وان قلنا ان الخلع كناية فى الطلاق ـ فان نويا الطلاق فى هذه الكنايات ـ كان طلاقا بائناً واستحق العوض وان لم ينويا الطلاق لم يقع الطلاق ولم يستحق العوض ، لأن الكناية لا يقع بها الطلاق من غير نية . وان نوت الطلاق ولم ينو الزوج لم يقع الطلاق لأنه هو الموقع ، وإن نوى الزوج ولم تنو هى ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) يقع طلقة رجعية ولا يستحق العوض لأنه نوى الطلاق ولم يوجد منها استدعاء الطلاق

(والثانى) وهو المذهب أنه لا يقع طلاق لأنه أوقعه بعوض ، فاذا لم يثبت العوض لم يقع الطلاق ، وان قلنا ان الخلع فسخ ونويا بهذه الكنايات الفسخ فهل ينفسخ النكاح . فيه وجهان (أحدهما) لا ينفسخ ، لأن الفسخ لا يصح تعليقه بالصفة فلم يصح بالكناية (والثانى) ينفسخ ـ وهو المذهب ـ لأنه أحد نوعى الفرقة ، فانقسم الى الصريح والكناية كالطلاق ، وان خالعها بصريح الخلع ونويا به الطلاق ، فان قلنا ان الخلع صريح فى الطلاق أو كناية فيه وقع الطلاق . وان قلنا انه فسخ ففيه وجهان حكاهما المصنف

(أحدهما) لا يقع به الطلاق ويكون فسخا لأنه صريح فى الفسخ فلم يجز أن يكون كناية فى حكم آخر من النكاح ، كما لا يجوز أن يكون الطلاق كناية فى الظهار (والثانى) ولم يذكر الشيخ أبو حامد غيره أنه يقع به الطلاق لأنه يحتمل الطلاق ، وقد اقترنت به نية الطلاق

(فرع) إذا قالت خالعنى على ألف ونوت الطلاق فقال طلقتك وقع الطلاق بائنا واستحق الالف ؛ سواء قلنا الخلع صريح فى الطلاق أو كناية ـ لأنا ان قلنا

إنه صريح — فقد أجابها إلى ما سألت — وإن قلنا إنه كناية — فقد سألت كناية وأجابها بالصريح فكان أكثر مما سألت . وإن قالت طلقنى على ألف فقال خالعتك ونوى به الطلاق . أو قلنا إنه صريح فى الطلاق استحق الألف . وقال ابن خيران إذا قلنا إنه كناية لم يقع عليها ولم يستحق الالف لانها بذلت الالف للصريح ولم يجبها اليه والاول أصح ، لان الكناية مع النية كالصريح ، وان لم ينو به الطلاق لم يقع به طلاق ولا فسخ ، لأنه لم يجبها الى ما سألت . وان قالت اخلعنى على ألف فقال خلعتك على ألف — وقلنا الخلع فسخ — فيه وجهان

(أحدهما) لا يقع عليها طلاق ، ولا يستحق عوضاً لأنه لم يجبها إلى ما سألت

(والثانى) يقع عليها الطلاق ويستحق الالف ، لأنه أجابها إلى أكثر مما سألت منه

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويصح الخلع منجزاً بلفظ المعاوضة لما فيه من المعاوضة ويصح معلقاً على شرط لما فيه من الطلاق . فأما المنجز بلفظ المعاوضة فهو أن يوقع الفرقة بعوض ، وذلك مثل أن يقول : طلقتك أو أنت طالق بألف ، وتقول المرأة قبلت ، كما تقول فى البيع : بعتك هذا بألف ، ويقول المشترى قبلت ، أو تقول المرأة طلقنى بألف ، فيقول الزوج طلقتك ، كما يقول المشترى بعنى هذا بألف ، ويقول البائع بعتك ولا يحتاج أن يعيد فى الجواب ذكر الألف ، لأن الاطلاق يرجع اليه كما يرجع فى البيع ، ولا يصح الجواب فى هذا إلا على الفور كما نقول فى البيع ، ويجوز للزوج أن يرجع فى الايجاب قبل القبول ، وللمرأة أن ترجع فى الاستدعاء قبل الطلاق كما يجوز فى البيع

وأما غير المنجز فهو أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو دفع مال ، فإن كان بحرف (ان) بأن قال : إن ضمنت لى ألفاً فأنت طالق ، لم يصح الضمان إلا على الفور ، لأنه لفظ شرط يحتمل الفور والتراخى ، إلا أنه لما ذكر العوض صار تمليكا بعوض فاقتضى الجواب على الفور كالتمليك فى المعاوضات

وان قال ان أعطيتنى ألفاً فأنت طالق لم تصح العطية الا على الفور ، بحيث يصلح أن تكون جواباً لكلامه لأن العطية ههنا هى القبول ، ويكفى أن تحضر المال وتأذن فى قبضه أخذ أو لم يأخذ . لأن اسم العطية يقع عليه وان لم يأخذ ، ولهذا يقال أعطيت فلانا مالا فلم يأخذه .

وان قالت طلقنى بألف ، فقال أنت طالق بألف ان شئت لم يقع الطلاق حتى توجد المشيئة : لأنه أضاف الى ما التزمت المشيئة فلم يقع الا بها ، ولا تصح المشيئة الا بالقول وهو أن تقول على الفور شئت لان المشيئة وان كانت بالقلب الا أنها لا تعرف الا بالقول ، فصار تقديره أنت طالق ان قلت شئت ، ويصح الرجوع قبل الضمان وقبل العطية وقبل المشيئة كما يجوز فيما عقد بلفظ المعاوضة .
وان كان بحرف متى وأى وقت . بأن يقول متى ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى ألفاً فأنت طالق جاز أن يوجد الضمان على الفور وعلى التراخى . والفرق بينه وبين قوله ان ضمنت لى ألفاً أن اللفظ هناك عام فى الزمانين . ولهذا لو قال ان ضمنت لى الساعة أو ان ضمنت لى غداً جاز ، فلما اقترن به ذكر العوض جعلناه على الفور قياساً على المعاوضات . والعموم يجوز تخصيصه بالقياس . وليس كذلك قوله متى وأى وقت . لأنه نص فى كل واحد من الزمانين صريح فى المنع من التعيين فى أحد الزمانين . ولهذا لو قال أى وقت أعطيتنى الساعة كان محالا . وما يقتضيه الصريح لا يترك بالقياس .

وان رجع الزوج فى هذا قبل القبول لم يصح . لأن حكمه حكم الطلاق المعلق بالصفات دون المعاوضات

وان كان بحرف (اذا) بأن قال اذا ضمنت لى ألفا فأنت طالق ، فقد ذكر جماعة من أصحابنا أن حكمه حكم قوله ان ضمنت لى فى اقتضاء الجواب على الفور وفى جواز الرجوع فيه قبل القبول . وعندى أن حكمه حكم متى . وأى وقت . لأنه يفيد ما يفيده متى : وأى وقت . ولهذا اذا قال : متى ألقاك جاز أن يقول اذا شئت كما يجوز أن يقول متى شئت وأى وقت شئت بخلاف ان . فإنه لو قال: متى ألقاك لم يجز أن يقول ان شئت

(الشرح) الأحكام : يصح الخلع منجزاً لما فيه من المعاوضة ، ويصح معلقاً على شرط لما فيه من الطلاق ، فالمنجز أن يوقع الفرقة بعوض مثل أن يقول الزوج طلقتك أو خالعتك أو فاديتك بألف ، فتقول الزوجة عقيب ذلك قبلت كما يقول البائع بعتك هذا بألف ويقول المشترى : قبلت ، وللزوج أن يرجع فى الايجاب قبل القبول كما قلنا فى البائع ، فإن قالت الزوجة طلقنى بألف ، فقال الزوج عقيب استدعائها طلقتك . ولو قالت الزوجة اخلعنى أو خالعنى بألف ، فقال عقيب استدعائها خلعتك أو خالعتك صح كما يقول المشترى بعنى هذا بألف فيقول البائع بعتك ، فان تأخرت إجابته لها على الفور بطل الاستدعاء ولها أن ترجع قبل أن يجيبها . كما قلنا فى المشترى ، فان قالت الزوجة خالعتك بألف ، فقال الزوج قبلت لم يصح ولم تقع بذلك فرقة لأن الايقاع اليه دونها ، وقوله قبلت ليست بايقاع ، فهو كما لو قالت له طلقتك بألف فقال قبلت ، وإن قالت له إن طلقتنى ، أو إذا طلقتنى أو متى طلقتنى أو متى ما طلقتنى فلك علىَّ ألف ، فقال طلقتك وقع الطلاق ثانيا واستحق الالف عليها ، لان الطلاق لا يحتاج الى استدعائها ورضاها به ، ولهذا لو طلقها بنفسه صح ، وانما الذى يحتاج اليه منها هو التزامها المال وقد وجد الالتزام منها ، ويعتبر أن يكون جوابه على الفور ، لانه معاوضة محضة من جهتها فاقتضى الجواب على الفور . وان قال ان بعتنى هذا فلك ألف ، ففيه وجهان حكاهما المسعودى .

(أحدهما) يصح كما قلنا فى الخلع .

(والثانى) لا يصح — وهو المشهور — لأن البيع تمليك يحتاج فيه الى رضى المملك .

وقوله ان بعتنى ، ليس بقبول ولا جار مجراه ، ولهذا نذكر ما قال علماء اللغة فى حرف (ان) ووظيفتها فى الاستعمال ، فقال العلامة الفيومى فى المصباح ، وأما ان بالسكون فتكون حرف شرط . وهو تعليق أمر على أمر نحو ان قمت قمت . ولا يعلق بها الا ما يحتمل وقوعه ، ولا تقتضى الفور . بل تستعمل فى الفور والتراخى مثبتاً كان الشرط أو منفيا فقوله : ان دخلت الدار أو ان لم تدخلى الدار فأنت طالق يعم الزمانين .

قال الأزهري : وسئل ثعلب : لو قال لإمرأته : إن دخلت الدار أو إن لم تدخلي الدار إن كلمت زيداً فأنت طالق متى تطلق ؟ فقال : إن فعلتهما جميعاً لأنه أتى بشرطين ، فقيل له : لو قال أنت طالق إن احمرّ البسر فقال : هذه المسئلة محال ، لأن البسر لا بد أن يحمر ، فالشرط فاسد فقيل له : لو قال إذا احمر البسر فقال : تطلق إذا احمر ، لأنه شرط صحيح ففرق بين إن وبين إذا فجعل « ان » للممكن ، و « اذا » للمحقق . فيقال : اذا جاء رأس الشهر ، وان جاء رأس الشهر وان جاء زيد ، وقد تتجرد عن معنى الشرط فتكون بمعنى « لو » نحو صلّ وان عجزت عن القيام ، ومعنى الكلام حينئذ الحاق الملفوظ بالمسكوت عنه في الحكم أي صل ، سواء قدرت على القيام أو عجزت عنه ، ومنه يقال : أكرم زيداً . وان قعد ، فالواو للحال والتقدير ، ولو في حال قعوده ، وفيه نص على ادخال الملفوظ بعد الواو تحت مايقتضيه اللفظ من الاطلاق والعموم اذ لو اقتصر على قوله : أكرم زيداً لكان مطلقاً والمطلق جائز التقييد فيحتمل مابعد الواو تحت العموم ، ويحتمل خروجه على ارادة التخصيص ، فيتعين الدخول بالنص عليه وزوال الاحتمال ، ومعناه أكرمه سواء قعد أو لا ، ويبقى الفعل على عمومه وتمتنع ارادة التخصيص حينئذ .

قال المرزوقي في شرح الحماسه : وقد يكون في الشرط معنى الحال كما يكون في الحال معنى الشرط .

قال الشاعر : عاود هراة وان معمورها خربا

ففي الواو معنى الحال أي ولو في حال خرابها ، ومثال الحال يتضمن معنى الشرط لأفعلنه كائناً ما كان . والمعنى ان كان هذا وان كان غيره وتكون للتجاهل كقولك لمن سألك ، هل ولدك في الدار ؟ وأنت عالم به ان كان في الدار أعلمك به وتكون لتنزيل العالم منزلة الجاهل تحريضاً على الفعل أو دوامه كقولك ان كنت ابني فأطعني ، وكأنك قلت : أنت تعلم أنك ابني ويجب على الابن طاعة الآب وأنت غير مطيع فافعل ما تؤمر به .

وقال بعض أصحابنا المتأخرين : وان قالت له أجزت الك ألفاً لتطلقنى أو على أن تطلقنى فقال أنت طالق ، طلقت واستحق عليها الالف .

وقال ابن الصباغ : اذا استأجرته على أن يطلق ضرتها لم يصح . وأما المعلق فمثل أن يعلق الطلاق على ضمان مال أو عطاء مال فينظر فيه ، فإن كان بحرف ان مثل أن قال ان ضمنت لى ألفا فأنت طالق ، فإن قالت ضمنت بحيث يصح أن يكون جوابا لكلامه وقع الطلاق ، لأنه وجد الشرط ، وان تأخر الضمان عن قوله بزمان طويل أو بعد أن أخذت فى كلام لم يقع الطلاق ولم يلزمها الألف لأنه معاوضة ؛ ومن شرط القبول فيه على الفور . وان ضمنت له فى المجلس بعد زمان ليس بطويل ففيه وجهان حكاهما الصيمرى قال ظاهر النص أنه يلزم ذلك وان قال : ان اعطيتنى ألفا فأنت طالق فأعطته بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامها وقع الطلاق ويكفى أن تحضر الالف وتأذن له فى قبضها سواء أخذها أو لم يأخذها لأنه يقع عليها اسم العطية . وان تأخرت العطية عن الفور بسبب منها بأن لم تعطه اياها وبسبب منه بأن غاب أو هرب لم يقع الطلاق لانه لم يوجد الشرط ، واذا أخذ الألف فهل يملكها .

وقال عامة أصحابنا : يملكها لأنه معاوض منه فملكها ، كما لو قال : طلقتك على هذه الالف فقالت قبلت . وحكى أبو على الشيخى فيها وجهين (أحدهما) يملكها لما ذكرناه (والثانى) لا يملكها وهو قول المزنى وابن القاص ، لانه معاوضة فلم يصح تعليقها على الصفة كالبيع ، فعلى هذا يرد الألف اليها ويرجع عليها بمهر مثلها ، والأول هو المشهور .

فإن قال : ان قبضت منك ألفا فأنت طالق لجاءته بألف ووضعته بين يديه وأذنت له فى قبضه فلم يقبضه لم يقع الطلاق ، لان الصفة لم توجد ، وان أكرهها على الاقباض فقبض .

قال المسعودى : وقع الطلاق رجعيا ورد المال اليها . قال المصنف : ويصح رجوع الزوج عن الضمان والعطية كما قلنا فيما عقد بلفظ المعاوضة ، فإن قالت طلقنى بألف ، فقال أنت طالق ان شئت ، فان وجدت المشيئة منها فالقول جوابا

لكلامه على الفور وقع الطلاق بائناً ولزمها الالف لانه علق الطلاق بالمشيئة منها وقد وجدت وان تأخرت مشيئتها عن الفور لم يقع الطلاق ، لأن الشرط لم يوجد لأنه لم يرض بطلاقها إلا بعوض ، ولا يلزم العوض الا بالقبول على الفور ؛ وان قالت : طلقني بألف فقال لها : طلقى نفسك ان شئت ، فان قالت طلقت نفسي لزمها الالف ولا يشترط أن تقول : شئت لان طلاقها لنفسها يدل على مشيئتها كقوله : متى ضمنت لى ألفاً فأنت طالق ، أو متى ما ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى أو أى حين ضمنت لى أو أى زمان ، فتى ضمنت له على الفور وعلى التراخى وقع عليها الطلاق ، لأن هذه الألفاظ تستغرق الزمان كله وتعمه فى الحقيقة بخلاف « ان » فإنه لا يعم الزمان ولا يستغرقه ، وانما هو كلمة شرط تحتمل الفور والتراخى الا اذا قرن به العوض حمل على الفور ، لأن المعاوضة تقتضى الفور ، فان رجع الزوج قبل الضمان لم تصح رجعته لأنه تعليق طلاقه بصفة فلم يصح رجوعه كما لو قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق وان كان ذلك بحرف « اذا » بأن قال : اذا أعطيتنى ألفاً ، واذا ضمنت لى ألفا فأنت طالق ، فقد ذكر أكثر أصحابنا أن حكمه حكم قوله : ان ضمنت لى ألفا أو ان أعطيتنى ألفا ؛ لأنها كلمة شرط لا تستغرق الزمان ، فهى كقوله : ان ضمنت لى .

وقال المصنف : حكمه حكم قوله متى ضمنت لى أو أى وقت ضمنت لى ، لأنها تفيد ما تفيده متى وأى وقت ، ولهذا لو قال : متى ألقاك جاز أن يقول : اذا شئت ، كما يجوز أن يقول متى شئت بخلاف « ان » فانها لا تفيد ما تفيده متى ، ولهذا لو قال له متى ألقاك لم يجز أن يقول ان شئت ، وهكذا ان قال : أنت طالق أن أعطيتنى ألفا بفتح الهمزة وقع الطلاق عليها ، وكان مقراً بأنها أعطته ألفا فترد اليها .

(فرع) اذا قال لها ان ضمنت لى ألفا فطلقى نفسك ، فانه يقتضى ضمانا وتطليقا على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه ، وسواء قالت ضمنت

الالف وطلقت نفسى أو قالت طلقت نفسى وضمنت الالف فانه يصح لانه تمليك بعوض فكان القبول فيه على الفور كالبيع .

(فرع) قال الشافعى : ولو أخذ منها ألفا على أن يطلقها الى شهر فطلقها فالطلاق ثابت ولها الألف وعليها مهر المثل . قال أصحابنا : وهذا يحتمل ثلاثة تأويلات .

(أحدها) أنه أراد اذا مضى الشهر طلقها فلا يصح ، لانه سلف فى الطلاق .

(والثانى) أنه أراد أن يطلقها الآن ثم يرفع الطلاق بعد شهر فلا يصح ، لأن الطلاق اذا وقع لم يرفع .

(الثالث) أنه أراد أن يطلقها ان شاء الساعة ، وان شاء الى شهر ، فلا يصح لانه سلف فى الطلاق ، ولان وقت ايقاع الطلاق مجهول . وان قالت له اذا جاء رأس الشهر وطلقتنى فلك على ألف فطلقها عند رأس الشهر أو قال لها . اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على الالف ، فقالت قبلت ففيه وجهان .

(أحدهما) يصح لان الطلاق يصح تعليقه على الصفات .

(الثانى) لا يصح وهو الأصح لان المعاوضة لا يصح تعليقها على الصفات فاذا قلنا يصح — قال ابن الصباغ — وجب تسليم العوض فى الحال لانها رضيت بتأجيل المعوض ، وان قلنا : لا يصح ، فأعطته ألفا وقع عليها الطلاق وردت الالف اليها ، ورجع عليها بمهر مثلها ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز الخلع بالقليل والكثير والدين والعين والمال والمنفعة ، لأنه عقد على منفعة البضع فجاز بما ذكرناه كالنكاح ، فان خالعها على أن تكفل ولده عشر سنين وبين مدة الرضاع وقدر النفقة وصفتها فالمنصوص أنه يصح ، فن أصحابنا من قال فيه قولان لأنها صفقة جمعت بيعا واجارة ، ومنهم من قال يصح قولا واحداً لان الحاجة تدعو الى الجمع بينهما لانه اذا أفرد أحدهما لم يمكنه أن يخالع على الآخر وفى غير الخلع يمكنه أن يفرد أحدهما ثم يعقد على الآخر ، وان مات الولد بعد الرضاع ففى النفقة وجهان .

(أحدهما) أنها تحل لأنها تأجلت لأجله وقد مات (والثاني) لا تحل لأن الدين إنما يحل بموت من عليه دون من له

﴿ فصل ﴾ وإن خالعها خلعا منجزاً على عوض ملك العوض بالعقد وضمن بالقبض كالصداق ، فإن كان عينا فهلكت قبل القبض ، أو خرج مستحقا أو على عبد فخرج حراً ، أو على خل فخرج خمراً رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد ، والى بدل المسمى فى قوله القديم ، كما قلنا فى الصداق . وإن خالعها على أن ترضع ولده فماتت فهو كالعين إذا هلكت قبل القبض ، وإن مات الولد ففيه قولان (أحدهما) يسقط الرضاع ولا يقوم غير الولد مقامه لأنه عقد على إيقاع منفعة فى عين ؛ فإذا تلفت العين لم يقم غيرها مقامها ، كما لو أكراه ظهراً للركوب فهلك الظهر . فعلى هذا يرجع الى مهر المثل فى قوله الجديد . والى أجرة الرضاع فى قوله القديم .

(والقول الثانى) أنه لا يسقط الرضاع . بل يأتيها بولد آخر لترضعه لأن المنفعة باقية ، وإن مات المستوفى قام غيره مقامه ، كما لو اكترى ظهراً ومات فان الوارث يقوم مقامه فعلى هذا إن لم يأت بولد آخر حتى مضت المدة ففيه وجهان (أحدهما) لا يرجع عليها لأنها مكنته من الاستيفاء وأشبه إذا أجرته داراً وسلمتها اليه فلم يسكنها (والثانى) يرجع عليها لأن المعقود عليه تحت يدها فتلف من ضمانها كما لو باعت منه شيئا وتلف قبل أن يسلم . فعلى هذا يرجع بمهر المثل فى قوله الجديد وبأجرة الرضاع فى قوله القديم . وان خالعها على خياطة ثوب فتلف الثوب فهل تسقط الخياطة أو يأتيها بثوب آخر لتخيطه ؟ فيه وجهان بناء على القولين فى الرضاع

﴿ فصل ﴾ ويجوز رد العوض فيه بالعيب لأن اطلاق العقد يقتضى السلامة من العيب فثبت فيه الرد بالعيب كالمبيع والصداق فإن كان العقد على عين بأن طلقها على ثوب أو قال إن أعطيتنى هذا الثوب فأنت طالق فأعطته ووجد به عيبا فردته رجع الى مهر المثل فى قوله الجديد والى بدل العين سليما فى قوله القديم كما ذكرناه فى الصداق . وان كان الخلع منجزاً على عوض موصوف فى الذمة فأعطته ووجده معيبا فرده طالب بمثله سليما كما قلنا فيمن أسلم فى ثوب وقبضه

ووجده معيبا فرده . وإن قال إن دفعت إلىّ عبداً من صفته كذا وكذا فأنت طالق فدفعت اليه عبـداً على تلك الصفة طلقت ، فان وجده معيبا فرده رجع فى قوله الجديد الى مهر المثل وإلى بدل العبد فى قوله للقديم لأنه تعين بالطلاق فصار كما لو خالعها على عين فردها بالعيب ، ويخالف إذا كان موصوفا فى الذمه فى خلع منجز فقبضه ووجد به عيبا فرده لأنه لم يتعين بالعقد ولا بالطلاق فرجع الى ما فى الذمة . وإن خالعها على عين على أنها على صفة فخرجت على دون تلك الصفة ثبت له الرد كما قلنا فى البيع ، فاذا رده رجع الى مهر المثل فى أحد القولين وإلى بدل المشروط فى القول الآخر كما قلنا فيما رده بالعيب

(فصل) ولا يجوز الخلع على محرم ولا على ما فيه غرر كالمجهول ولا ما لم يتم ملكه عليه ولا ما لا يقدر على تسليمه لانه عقد معاوضة فلم يجز على ماذكرناه كالبيع والنكاح ، فان طلقها على شيء من ذلك وقع الطلاق لأن الطلاق يصح مع عدم العوض فصح مع فساده كالنكاح ويرجع عليها بمهر المثل لأنه تعذر رد البضع فوجب رد بدله كما قلنا فيمن تزوج على خمر أو خنزير . فان خالعها بشرط فاسد بأن قالت طلقنى بألف بشرط أن تطلق ضرتى فطلقها وقع الطلاق ويرجع عليها بمهر المثل . لأن الشرط فاسد فاذا سقط وجب إسقاط ما زيد فى البدل لأجله وهو مجهول فصار العوض فيه مجهولا فوجب مهر المثل فان قال اذا جاء رأس الشهر فأنت طالق على ألف ففيه وجهان (أحدهما) يصح لانه تعليق طلاق بشرط (والثانى) لا يصح لانه عقد معاوضة فلم يصح تعليقه على شرط كالبيع فعلى هذا اذا وجد الشرط وقع الطلاق ورجع عليها بمهر المثل

(الشرح) الاحكام : اذا خالع امرأته على أن ترضع ولده وتحضنه وتكفله بعد الرضـاع وبين مدة الرضاع وقدر الطعام وصفته والادم وكم تجد منه فى كل يوم وكان الطعام والإدام مما يجوز السلم فيه وبين مدة الكفالة بعد الرضاع فالمنصوص أنه يصح . ومن أصحابنا من قال : هل يصح العوض ؟ فيه قولان لان هذا جميعه فى أصول الشافعى فى كل واحد منها قولان . أحدها البيع والإجارة لان فى هذا اجارة الرضاع وابتياعا للنفقة . والثانى : السلم على شيئين مختلفين . والثالث : فيه السلم على شيء الى آجال ، والصحيح يصح قولا واحداً لان السلم والبيع انما لم يصح

على أحد القولين لان كل واحد منهما مقصود . والمقصود ههنا هو الرضاع والباقى تبع له . ويجوز فى التابع مالا يجوز فى غيره . ألا ترى أنه يجوز أن يشترى الثمرة على الشجرة مع الشجرة قبل بدو الصلاح من غير شرط القطع . ولو اشترى الثمرة وحدها كذلك لم يصح . وأما السلم على شىء الى آجال وعلى شيئين الى أجل فانما لم يصح لانه لا حاجة به اليه . وههنا به الى هذا حاجة لانه كان يمكنه أن يسلم على كل واحد وحده . وها هنا لا يمكنه الخلع على ذلك مرتين . اذا ثبت هذا فان عاش الولد حتى استكمل مدة الرضاع وحل وقت النفقة فللأب أن يأخذ كل يوم قدر ما يحل عليها من النفقة والادم فيه . فان شاء أخذه لنفسه وأنفق على ولده من ماله . وان شاء أنفقه على ولده . فان كان ذلك أكثر من كفاية الولد كانت للأب وان كان أقل من كفاية الولد كان على الاب تمام نفقته . وان أذن لها فى انفاق ذلك على الولد . فقد قال أكثر أصحابنا يصح ذلك كما لو كان فى ذمته لغيره دين فأمره بدفعه إلى انسان فانه برأ بدفعه اليه . وسواء كان المدفوع اليه ممن يصح قبضه أو ممن لا يصح قبضه كما لو كان له فى يده طير فأمره بارساله

وقال ابن الصباغ : يكون فى ذلك وجهان كالملتقط اذا أذن له الحاكم فى اسقاط ماله على اللقيط

وان مات الصبي بعد استكماله الرضاع دون مدة النفقة لم يبطل العوض لانه قد استوفى الرضاع . ويمكن الاب أخذ النفقة . فيأخذ ماقدره من النفقة . وهل يحل عليها ذلك بموت الولد ؟ ولا يستحق الاب أخذه الا على نجومه ؟ فيه وجهان

(أحدهما) يحمل عليها فيطالبها به الاب لان تأجيله انما كان لحق الولد

(والثانى) لا يستحق أخذه الا على نجومه — وهو الاصح لانه وجب عليها هكذا . وانما مات المستوفى

وان مات الصبي بعد أن رضع حولا وكانت مدة الرضاع حولين فهل تنفسخ الإجارة فى الحول الثانى أو لا تنفسخ بل يأتيها بصبي آخر لترضعه؟ قال المسعودى ان لم يكن الصبى الميت منها لم تنفسخ الاجارة قولا واحدا . وان كان الولد الميت منها فهل تنفسخ الاجارة أو لا تنفسخ بل يأتيها بصبي آخر لترضعه فيه قولان . والفرق بينهما أنها تدر على ولدها مالا تدر على غيره وسائر أصحابنا حكوا القولين من غير تفصيل

(أحدهما) لا ينفسخ فيأتيها بصبى آخر ، لأن الصبى الميت مستوفى به ، فلم تبطل الاجارة بموته كما لو اكترى دابة ليركبها إلى بلد فمات قبل استيفاء الركوب (والثانى) ليس له أن يأتيها بغيره بل تنفسخ الاجارة ، لأن الرضاع يتقدر لحاجة الصبى اليه وحاجتهم تختلف فلم يقم غيره مقامه بخلاف الركوب ، ولأنه عقد على إيقاع منفعة فى عين ، فإذا تلفت تلك العين لم يقم غيرها مقامها كما لو اكترى دابة ليركبها إلى بلد فماتت؛ فإذا قلنا بهذا أو قلنا بالأول ولم يأت بمن يقيمه مقامه انفسخ العقد فى الحول الثانى .

وهل ينفسخ فى الحول الأول وفيما بقى من العوض ؟ فيه طريقان كما قلنا فيمن استأجر عيناً حولين فتلفت فى أثنائها ، فإن قلنا : لا يبطل العقد فى الحول الاول ولا فى النفقة فقد استوفى الرضاع فى الحول الاول وله أن يستوفى النفقة وهل يحل جميعها عليها ؟ أو ليستوفيها على نجومها ؟ على الوجهين .

وأما الحول الثانى فقد انفسخ العقد فيه ، وبماذا يرجع عليها ، فيه قولان . (أحدهما) بأجرة الحول الثانى (والثانى) بقسطه من مهر المثل ، فعلى هذا يقسم مهر المثل على أجرة الرضاع فى الحولين وعلى قيمة النفقة والادم ، فما قابل أجرة الحول الثانى أخذه ، وما قابل غيره لم يستحقه عليها .

وإن قلنا : إنه يأتيها بولد آخر ، فإن أتاها به فحكمه حكم الأول ، وإن مكنه أن يأتى به فلم يفعل حتى مضى الحول ففيه وجهان (أحدهما) يسقط حقه من إرضاعها فى الحول الثانى ، لانه أمكنه استيفاء حقه وفوته باختياره : وهو كما لو اكترى دابة ليركبها شهراً فحبسها حتى مضى الشهر ولم يركبها (والثانى) لا يسقط حقه ، لأن المستحق بالعقد إذا تعذر تسليمه حتى تلف لم يسقط حق مستحقه سواء كان بتفريط أو بغير تفريط ، كما لو اشترى بهيمة وقدر على قبضها فلم يقبضها حتى ماتت فى يد البائع بخلاف الدابة ، فان منفعتها تلفت تحت يده ، وان ماتت المرأة نظرت - فان ماتت بعد الرضاع لم يبطل العقد ، بل يستوفى النفقة من مالها ، وان ماتت قبل الرضاع أو فى أثنائه أو انقطع لبنها انفسخ العقد فيما بقى من مدة الرضاع ، لأن المعقود عليه إرضاعها . وقد تعذر ذلك فبطل العقد

كما لو استأجر دابة ليركبها فماتت قبل استيفاء الركوب ، وهل يبطل العقد ، أو لا يبطل العقد ويأتيها بثوب آخر لتخيطه ، فيه وجهان بناء على القولين فى الصبى إذا مات .

(مسألة) وإن خالعها خلعا منجزاً على عوض معلوم بينهما صح الخلع وملك العوض بالعقد ، فان هلك العوض قبل القبض رجع عليها ببدله ، وفى بدله قولان قال فى الجديد : مهر المثل ، وقال فى القديم : مثل العوض إن كان له مثل أو قيمة ان لم يكن له مثل كما قلنا فى الصداق إذا تلف فى يد الزوج قبل القبض ، وإن خالعها على خمر أو خنزير أو شاة ميتة أو ما أشبه ذلك مما لا يصح بيعه وقع الطلاق بائنا ورجع عليها بمهر مثلها قولا واحداً .

وقال أبو حنيفة ومالك وأحمد : يقع الطلاق ولا يرجع عليها بشىء . دليلنا أن هذا عقد على البضع ، وإذا كان المسمى فيه فاسداً وجب مهر مثلها كما لو نكحها على ذلك ، وإن خالعها على ما فى هذا البيت من المتاع ، ولا شىء فيه وقع الطلاق بائنا ورجع عليها بمهر مثلها قولا واحداً .

وقال أبو حنيفة وأحمد : يرجع عليها بمثل المتاع المسمى . دليلنا أنه عقد على البضع بعوض فاسد فوجب مهر المثل كما لو سمى ذلك فى النكاح ، وإن قال خالعتك على ما فى هذه الجرة من الخل فبان خمراً وقع الطلاق بائنا .

قال الشافعى فى الام : وله مهر مثلها . قال أصحابنا : ويحكى فيه القول القديم أنه يرجع عليها بمثل الخل . قال ابن الصباغ وهذا فيه نظر ، لان الخل مجهول فلا يمكن الرجوع اليه ، هذا مذهبنا ، وقال أحمد يرجع عليها بقيمة الخل ، دليلنا ما مضى فى التى قبلها .

(فرع) إن كان له إمرأتان فقالتا له طلقنا على ألف درهم ، فقال أنتما طالقتان جوابا لكلامهما ، وقع عليهما الطلاق ، وهل يصح تسميتهما الألف ، فيه قولان ، فاذا قلنا : تصح التسمية قسمت الالف عليهما على قدر مهر مثلها ، وان قلنا ان التسمية لا تصح ، رجع عليهما بمثل الالف فى القول القديم ، لان لها مثلا ، فيقسم عليهما على مهر مثلهما .

وعلى القول الجديد : يرجع على كل واحدة منهما بمهر مثلها ، وإن أقر الطلاق على الفور ثم طلقها كان رجعيا إلا أن يقول : أنتما طالقان على ألف ، فيقولان عقيب قوله : قبلنا . فتكون كالأولة ، وإن قالتا : طلقنا على ألف بيننا نصفين فطلقهما عقيب قوليهما وقع الطلاق ثانيا واستحق على كل واحدة منهما خمسمائة قولا واحداً ، لأن كل واحدة منهما استدعت الطلاق بعوض معلوم ، وان قالتا له طلقنا بألف فطلق احداهما على الفور ولم يطلق الاخرى ، وقع طلاق التى طلقها ، وهل تصح التسمية بقسطها من الألف ، على القولين

فإذا قلنا : تصح قسمت الألف على مهر مثلها ومهر مثل الآخرى ، فما قابل مهر مثل المطلقة استحقه عليها عقيب استدعائهما الطلاق ثم طلقها فى مجلس الخيار ، فإن كانتا غير مدخول بهما بانتا بالردة فلا يقع الطلاق ولا يلزمهما العوض وإن كانتا مدخولا بهما فإن طلاقهما موقوف على حكم نكاحهما : فإن انقضت عدتهما قبل أن يرجعا إلى الإسلام تبينا أن الفرقة حصلت بردتهما فلا يقع عليهما الطلاق ، ولا يلزمهما العوض وان رجعا الى الإسلام قبل انقضاء عدتهما تبينا أن الطلاق وقع عليهما ولزمهما العوض فى قدر ما لزم كل واحدة منهما ما ذكرناه فى الأوله ، وان رجعت إحداهما إلى الإسلام قبل انقضاء عدتها وانقضت عدة الاخرى وهى باقية على الردة وقع الطلاق على التى رجعت إلى الاسلام ، وفى قدر ما يلزمها من العوض ما ذكرناه إذا طلق احداهما ولم يقع الطلاق على الاخرى ولا يلزمها عوض .

(فرع) وإن قالتا له : طلقنا بألف فقال لهما على الفور أنتما طالقان ان شئتما فان قالتا له على الفور شئنا ، طلقتا وفى قدر ما يلزم كل واحدة منهما من العوض ما ذكرناه — وان أخرتا المشيئة على الفور لم تطلقا لانه لم يوجد الشرط ، وإن شاءت إحداهما على الفور ولم تشأ الاخرى لم تطلق واحدة منهما ، لانه علق طلاقهما بمشيئتهما ولم توجد مشيئتهما : وان كانت المسألة بحالها وإحداهما بالغة رشيدة والاخرى كبيرة محجور عليها فقالتا شئنا على الفور ، وقع عليهما الطلاق

إلا أن البالغة الرشيدة يقع عليها بائناً ، وفيما يستحقه من العوض عليها ماذكرناه من القولين .

وأما المحجور عليها فيقع عليها الطلاق ولا عوض عليها لأنها ليست من أهل المعاوضة ، وإن كانت من أهل المشيئة ، ولهذا يرجع اليها فى النكاح وما تأكله ، وإن كانت صغيرة غير مميزة فهل تصح مشيئتها فيه وجهان ، أو كبيرة مجنونة فلا مشيئة لها وجها واحداً .

(فرع) وإن قالت له : بعنى سيارتك هذه وطلقنى بألف ، فقال : بعتك وطلقتك ، فقد جمعت بين خلع وبيع بعوض ففيه قولان ، كما لو جمع بين البيع والنكاح بعوض ، فإذا قلنا : يصحان ، قسم الالف على قيمة السيارة وعلى مهر مثلها ، فاقابل قيمة السيارة كان ثمنا ؛ وماقابل مهر مثلها كان عوض خلعها ، وان وجدت بالسيارة عيبا فان قلنا : تفرق الصفقة ردت السيارة ورجعت عليه بحصتها من الالف . وان قلنا : لا تفرق الصفقة ردت السيارة ورجعت بجميع الالف ورجع عليها بمهر مثلها . وان قلنا : لا يصحان لم يصح البيع ولم يصح العوض فى الخلع ، ولكن الخلع صحيح ، وفى ماذا يرجع عليها ، قولان .

(أحدهما) تقوّم السيارة المبيعة وينظر إلى مهر مثلها ، ويقسم الالف عليهما

(والثانى) يرجع عليها بمهر مثلها ، هكذا ذكر ابن الصباغ ، وذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق ، والمحاملى : أنه يرجع عليها بمهر المثل ، ولعلهما أرادا على الصحيح من القولين .

قال الشيخ أبو حامد : وهكذا الحكم فيه إذا قالت : خذ منى ألف درهم وأعطنى هذه العين المبيعة وطلقنى ، قال المحاملى : وهكذا إذا قالت : طلقنى على ألف على أن تعطينى الشيء الفلانى فطلقها اه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإذا خالع إمرأته لم يلحقها ما بقى من عدد الطلاق ، لانه لا يملك بضعها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية ، ولا يملك رجعتها فى العدة . وقال أبو ثور إن كان بلفظ الطلاق فله أن يراجعها ؛ لان الرجعة من مقتضى الطلاق فلم يسقط

بالعوض كالولاء فى العتق ، وهـذا خطأ لأنه يبطل به إذا وهب بعوض ، فإن الرجوع من مقتضى الهبة وقد سقط بالعوض ، ويخالف الولاء ، فان باثباته لا يملك ما اعتاض عليه من الرق ، وباثبات الرجعة يملك ما اعتاض عليه من البضع .

(فصل) وإن طلقها بدينار على أن له الرجعة سقط الدينار وثبتت له الرجعة ؛ وقال المزنى : يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر المثل كما قال الشافعى فيمن خالع إمرأة على عوض، وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت العوض وثبتت الرجعة أن العوض يسقط ، ولا تثبت الرجعة ، وهذا خطأ ، لان الدينار والرجعة شرطان متعارضان فسقطا وبقى طـلاق مجرد فثبتت معه الرجعة ، فأما المسألة التى ذكرها الشافعى رحمه الله فقد اختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الاخرى ، وجعلهما على قولين ومنهم من قال : لا تثبت الرجعة هناك ، لانه قطع الرجعة فى الحال ، وإنما شرطت أن تعود فلم تعد وههنا لم يقطع الرجعه فثبتت .

(الشرح) الاحكام : إذا خالع إمرأته لم يلحقهـا ما بقى من عدد الطلاق ، سواء قلنا الخلع طلاق أو فسخ . وسواء طلقها فى العدة أو فى غـيرها ، وسواء طلقها بالصريح أو بالكناية مع البينة ، وبه قال ابن عباس وعروة بن الزبير وأحمد وإسحاق . وقال سفيان الثورى وأبو حنيفة وأصحابه يلحقها الطلاق ما دامت فى العدة ولا يلحقها بعد العدة ولا يلحقها الطلاق بالكناية بحال .

وقال مالك والحسن البصرى : يلحقها الطلاق عن قرب ولا يلحقها عن بعد فالقرب عند مالك أن يكون الطلاق متصلا بالخلع والحسن البصرى يقول : اذا طلقها فى مجلس الخلع لحقها . وإن طلقها بعده لم يلحقها .

دليلنا أنه لا يملك رجعتها فلم يلحقها طلاقه كالاجنبية . أو نقول : لان من لا يصح طلاقها بالكناية مع البينه لم يصح طـلاقها بالصريح . كما لو انقضت عدتها . او من لا يلحقها الطلاق بعوض لم يلحقها بغير عوض كالاجنبيه ،

(فرع) ولا يثبت للزوج الرجعة على المختلعة سواء خالعها بلفظ الخلع

أو بلفظ الطلاق ، وبه قال الحسن البصرى والنخعى ومالك والأوزاعى والثورى وأبو حنيفة ، وذهب ابن المسيب والزهرى إلى أنه بالخيار إن شاء أخذ العوض ولا رجعة له ، وإن شاء ترك العوض وله الرجعة .

قال الشيخ أبو حامد : وأظنهما أرادا ما لم تنقض العـدة . وقال أبو ثور إن كان بلفظ الطلاق فله الرجعة ، لأن الرجعة من موجب الطلاق ، كما أن الولاء من موجب العتق ، ثم لو أعتق عبده بعوض لم يسقط حقه من الولاء ، فكذلك ان صرفها بعوض . ودليلنا قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتـدت به » وإنما يكون فداء إذا خرجت عن قبضته وسلطانه : فلو أثبتنا له الرجعة لم يكن للفداء فائدة ، ولأنه ملك العوض بالخلع فلم تثبت له الرجعة ، كما لو خالعها بلفظ الخلع ، ويخالف الولاء فانه باثبات الولاء عليه لا يملك ما أخذ عليه العوض من الرق وباثبات الرجعة له يملك ما أخذ عليه العوض من البضع

(فرع) قال الشافعى فى المختصر : لو خالعها تطليقة بدينار على أن له الرجعة فالطلاق لازم وله الرجعة والدينار مردود . وقال المزنى : يسقط الدينار والرجعة ويجب مهر مثلها ، كما قال الشافعى فيمن خالع امرأته على عوض وشرطت المرأة أنها متى شاءت استرجعت الدينار . وتثبت الرجعة أو أن العوض يسقط ولا تثبت الرجعة ، ونقل الربيع الأولة فى الأم كما نقلها المزنى . قال الربيع وفيها قول آخر أن له مهر مثلها ولا رجعة . وقد نقل المزنى جواب كل واحدة منهما إلى الأخرى وخرجهما على قولين

وقال أكثر أصحابنا : لا يختلف المـذهب فى الاولة أن له الرجعة ويسقط الدينار ، وما حكاه الربيع فهو من تخريجه . وما ذكره المزنى فهو مذهبه بنفسـه لأن الخلع اشتمل على العوض وشرط الرجعة ، وهذان الشرطان متضادان ، فكان إثبات الرجعة أولا لانها ثبتت بالطلاق والعوض لا يثبت الا بالشرط . وأما الفرق بين الأولة والثانية فانه قد قطع الرجعة فى الثانية ، وانما شرط عودها فيما بعد فلم تعـد ، وفى الأولة لم يقطع الرجعة فى الحال ، فكانت باقيـة على الأصل .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن وكلت المرأة فى الخلع ولم تقدر العوض فخالع الوكيل بأكثر من مهر المثل لم يلزمها إلا مهر المثل ، لأن المسمى عوض فاسد بمقتضى الوكالة فسقط ولزم مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد ، فإن قدرت العوض بمائة فخالع عنها على أكثر منها ففيه قولان (أحدهما) يلزمها مهر المثل لما ذكرناه (والثانى) يلزمها أكثر الأمرين من مهر المثل أو المائة ، فان كان مهر المثل أكثر وجب ؛ لأن المسمى سقط لفساده ووجب مهر المثل . وإن كانت المائة أكثر وجبت لأنها رضيت بها ، وأما الوكيل فإنه إن ضمن العوض فى ذمته رجع الزوج عليه بالزيادة لأنه ضمنها بالعقد ، وإن لم يضمن بأن أضاف الى مال الزوجة لم يرجع عليه بشىء ، فان خالع على خمر أو خنزير وجب مهر المثل ، لأن المسمى سقط فوجب مهر المثل ، فان وكل الزوج فى الخلع ولم يقدر العوض فخالع الوكيل بأقل من مهر المثل — فقد نص فيه على قولين — قال فى الإملاء : يقع ويرجع عليه بمهر المثل . وقال فى الام الزوج بالخيار بين ان يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرده ويكون الطلاق رجعيا . وقال فيمن وكل وقدر العوض فخالع على أقل منه إن الطلاق لا يقع ، فمن أصحابنا من نقل القولين فى الوكالة المطلقة الى الوكالة التى قدر فيها العوض ، والقول فى الوكالة التى قدر فيها العوض الى الوكالة المطلقة وهو الصحيح عندى ، لان الوكالة المطلقة تقتضى المنع من النقصان عن مهر المثل كما تقتضى الوكالة التى قدر فيها العوض المنع من النقصان عن المقدر ، فيكون فى المسئلتين ثلاثة أقوال (أحدها) أنه لا يقع الطلاق لانه طلاق أوقعه على غير الوجه المأذون فيه فلم يقع ، كما لو وكله فى الطلاق فى يوم فأوقعه فى يوم آخر (والثانى) أنه يقع الطلاق بائنا ويجب مهر المثل ، لان الطلاق مأذون فيه فإذا وقع لم يرد والمسمى فاسد فوجب مهر المثل كما لو خالعها الزوج على عوض فاسد (والثالث) أن الطلاق يقع لانه مأذون فيه وانما قصر فى البدل فثبت له الخيار بين أن يرضى بهذا العوض ويكون الطلاق بائنا وبين أن يرد ويكون الطلاق رجعياً لانه لا يمكن اجبار الزوج على المسمى لانه دون المأذون فيه ، ولا يمكن

إجبارها على مهر المثل فيما أطلق ، ولا على الذى نص عليه من المقدر لأنها لم ترض به فخير بين الأمرين ليزول الضرر عنهما . ومن أصحابنا من قال فيما قدر العوض فيه لا يقع الطلاق لأنه خالف نصه ، وفيما أطلق يقع الطلاق لأنه لم يخالف نصه ، وإنما خالفه من جهة الاجتهاد ، وهذا يبطل بالوكيل فى البيع فانه لا فرق بين أن يقدر له الثمن فباع بأقل منه وبين أن يطلق فباع بما دون ثمن المثل وإن خالعها على خمر أو خنزير لم يقع الطلاق ، لأنه طلاق غير مأذون فيه ، ويخالف وكيل المرأة فانه لا يوقع الطلاق وإنما يقبله ، فإذا كان العوض فاسداً سقط ورجع الى مهر المثل

(الشرح) الأحكام : يجوز التوكيل فى الخلع من جهة الزوجة والزوج لأنه عقد معاوضة فجاز التوكيل فيه كالبيع ؛ ويجوز أن يكون الوكيل منهما مسلماً وكافراً حرا وعبدا ، رشيدا ومحجورا عليه ، ويجوز أن يكون الوكيل من جهة الزوجة امرأة ، وهل يجوز أن يكون وكيل الزوج امرأة ؟ فيه وجهان المنصوص أنه يصح ، لأن من صح منه عقد المعاوضة صح أن يكون وكيلا فيه كالبيع . والثانى لا يصح لأنها لا تملك إيقاع الطلاق بنفسها فلم تملك فى حق غيرها . قال الشافعى : ويجوز أن يكون وكيل واحد عنه وعنها . فمن أصحابنا من حمله على ظاهره وقال يجوز أن يلى الواحد طرفى العقد فى الخلع كما يجوز أن يوكل الرجل امرأة فى طلاقها . ومنهم من قال لا يصح كما لا يصح فى النكاح أن يكون الواحد موجبا قابلا ، وحمل النص على أنه يجوز لكل واحد منهما أن يوكل وحده .

إذا ثبت هذا فان الوكالة تصح منهما مطلقا ومقيدا كما قلنا فى البيع ، فاذا طلقت الوكيلة اقتضت مهر المثل كالوكيل فى البيع والشراء . والمستحب أن يقدر الموكل منهما العوض لوكيله لأنه أبعد من الغرر ، فان وكلت المرأة فى الخلع نظرت فان أطلقت الوكالة فان الاطلاق يقتضى مهر المثل حالا من نقد البلد ، فان خالع عنها بذلك صح ولزمها أداء ذلك ، وان خالعها بدون مهر مثلها أو مهر مثلها مؤجلا صح لانه زادها بذلك خيرا . قال ابن الصباغ : وهكذا ان خالع عنها بدون نقد البلد صح لأنه زادها خيرا ، وإن خالع بأكثر من مهر مثلها وقع الطلاق . قال الشافعى فى الاملاء : ويكون المسمى فاسدا فيلزمها مهر مثلها ، لأنه خالع على

عوض لم يأذن فيه فكان فاسداً فسقط ووجب مهر مثلها ، كما لو اختلعت بنفسها على مال مغصوب . وقال فى الام : عليها مهر مثلها الى أن تبذل الزيادة على ذلك فيجوز . قال الشيخ أبو حامد : فكأن الشافعى لم يبطل هذه الزيادة على مهر المثل بكل حال ولكن لا يلزمها . وقال المسعودى هى على قولين (أحدهما) يجب عليها مهر مثلها (والثانى) لها الخيار ان شاءت فسخت المسمى وكان عليها مهر مثلها . وان شاءت أجازت ما سمى . وان قدرت له العوض بأن قالت اخلعنى بمائة فان خلعها بمائة صح لانه فعل ما أمرته . وان خلعها بمائة مؤجلة أو بما دونها صح لانه زادها خيراً . وان خالعها بأكثر . فيه قولان (أحدهما) يقع الطلاق ويلزمها منه مهر مثلها لا غير لانه خالع بأكبر مما أمرته فكان فاسدا ووجب مهر المثل ، وكما لو اختلعت هى بخمر أو خنزير (والثانى) يلزمها أكثر الامرين من المائة أو مهر مثلها ، لان المائة إن كانت أكثر لزمتها لانها قد أذنت فيها . وان كان مهر المثل أكثر لزمها لأن المسمى فاسد فسقط ولزمها مهر مثلها .

اذا ثبت هذا فهل يلزم الوكيل ما زاد على مهر المثل فى هذه والتى قبلها ينظر فيه فان قال طلقها على كذا وكذا وعلى ضمانه لزمه للزوج الجميع ولأنه ضمنه ، وان قال طلقها ولم يقل من مالها بل أطلق لزمه ذلك لأن الظاهر أنه يخالع من مال نفسه . وللوكيل أن يرجع عليها بمهر مثلها لأنه وجب عليه باذنها وما زاد عليه يدفعه من ماله ولا يرجع عليها به لانه وجب عليه بغير اذنها . وان قال طلقها على كذا وكذا من مالها لزمها مهر مثلها ولم يلزم الوكيل ما زاد على مهر مثلها لأنه أضاف ذلك الى مالها ولم يأذن له فيه فسقط عنها . وان قيدت له أو طلقها فخالع عنها بخمر أو خنزير وقع الطلاق بائنا ورجع عليها بمهر مثلها لأن المسمى فاسد فأسقط ووجب مهر مثلها كما لو خالعت هى بنفسها على ذلك

وقال المزنى : لا يقع الطلاق لان الوكيل لم يعقد على ما هو مال فارتفع العقد من أصله . كما لو وكله أن يبيع له عينا فباعها بخمر أو خنزير ، وهذا خطأ لأن وكيل المرأة لا يوقع الطلاق وانما يقبله فاذا قبله بعوض فاسد لم يمنع ذلك وقوع الطلاق كما لو قبلت هى الطلاق بخمر أو خنزير . وانما يصح هذا الذى قاله لوكيل الزوج ان وكله الزوج فى الخلع ولم يقدر العوض فان خالع عنه الوكيل بمهر المثل من نقد البلد

خالا صح . وإن قيد له العوض بأن قال : خالع على بمائة فإن خالعها جاز لأنه فعل ما أذن له فيه ، وإن خالع بما كبر منها صح ، لأنه زاد خيراً ، وإن خالع بما دون المائة فنص الشافعى أن الطلاق لا يقع لأنه أذن له فى ايقاع الطلاق على شىء مقدر ، فإذا أوقعه على صفة دونها لم يصح كما لو خالع بخمر أو خنزير . واختلف أصحابنا فيها ، فمنهم من قال : القولين اذا لم يقدر له العوض فخالع على أقل من مهر المثل الى هذه ، وجوابه فى هذه الى تلك ، وقال فيها ثلاثة أقوال ، وهو اختيار الشيخ أبى اسحاق .

(أحدها) يقع الطلاق فيهما بائناً ويلزمه مهر المثل .

(والثانى) يثبت للزوج فيها الخيار بين أن يرضى بالعوض المسمى فى العقد فيهما ويكون الطلاق بائنا ، وبين أن لا يرضى به ويكون الطلاق رجعيا .

(والثالث) لا يقع فيهما طلاق ووجهها ما ذكرناه ، لأن الوكالة المطلقة تقتضى المنع من النقصان عن مهر المثل كما أن الوكاله المقيدة تقتضى المنع من النقصان عن العوض المقيد ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما فجعل الاولى على قولين ، والثانية على قول واحد ولم يذكر الشيخ أبو حامد فى التعليق غيره ، لانه اذا قيد له العوض فى ألف فخالع بأقل منه فقد خالف نص قوله ، فنقض فعله كالمجتهد اذا خالف النص ، واذا أطلق الوكاله فإنما علمنا أن الاطلاق يقتضى مهر المثل من طريق الاجتهاد فاذا أدى الوكيل اجتهاده الى المخالعة بأقل منه لم ينقض كما لا ينقض الاجتهاد بالاجتهاد. قال ابن الصباغ وهذه الطريقة ظاهر كلام الشافعى والاولى أقيس والأقيس من الاقوال : أن لا يقع الطلاق .

(فرع) اذا وكله أن يطلق أو يخالع يوم الجمعة ، فطلق أو خالع يوم الخميس لم يصح لأنه اذا طلقها يوم الجمعة كانت مطلقة يوم السبت ، واذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقة يوم الخميس فكان الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت ، واذا طلقها يوم الجمعة لم تكن مطلقه يوم الخميس فكأن الموكل قد رضى بطلاقها يوم السبت ولم يرض بطلاقها يوم الخميس .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) واذا خالع امرأة فى مرضه ومات لم يعتبر البدل من الثلث سواء حابى أو لم يحاب لانه لا حق للورثه فى بضع المرأة ولهذا لو طلق من غير عوض لم تعتبر قيمة البضع من الثلث ، فان خالعت المرأة زوجها فى مرضها وماتت فان لم يزد العوض على مهر المثل اعتبر من رأس المال لان الذى بذلت بقيمة ماملكته فأشبه اذا اشترت متاعا بثمن المثل وان زاد على مهر المثل اعتبرت الزيادة من الثلث ، لانه لا يقابلها بدل فاعتبرت من الثلث كالهبة ، فان خالعت على عبد قيمته مائة ، ومهر مثلها خمسون ، فقد حابت بنصفه ، فان لم يخرج النصف من الثلث ، بأن كان عليها ديون تستغرق قيمة العبد ، فالزوج بالخيار بين أن يقر العقد فى العبد فيستحق نصفه وبين أن يفسخ العقد فيه ، ويستحق مهر المثل ويضرب به مع الغرماء ، لأن الصفقه تبعضت عليه ، وان خرج النصف من الثلث أخذ جميع العبد نصفه بمهر المثل ونصفه بالمحاباة .

ومن أصحابنا من قال : هو بالخيار بين أن يقر العقد فى العبد ، وبين أن يفسخ العقد فيه ويستحق مهر المثل ، لانه تبعضت عليه الصفقه من طريق الحكم ، لانه دخل على أن يكون جميع العبد له عوضا ، وقد صار نصفه عوضاً ونصفه وصيه والمذهب الاول ، لان الخيار انما يثبت بتبعيض الصفقه لما يلحقه من الضرر لسوء المشاركة ؛ ولا ضرر عليه ههنا لانه صار جميع العبد له فلم يثبت له الخيار .

(الشرح) الاحكام : يصح الخلع فى مرض الموت من الزوجين كما يصح منهما النكاح والبيع ، فان خالع الزوج فى مرض موته بمهر المثل أو أكثر صح كما لو اتهبت فى مرض موته ، وان خالع بأقل من مهر المثل صح ولا اعتراض للورثة عليه لانه لا حق لهم فى بضع امرأته ، ولهذا لو طلقها بغير عوض لم يكن لهم الاعتراض عليه ، وان خالعت الزوجه فى مرض موتها بمهر المثل أو دونه كان ذلك من رأس المال .

وقال أبو حنيفه : يكون ذلك من الثلث . دليلنا أن الذى بذلته بقيمة ماتملكه

فهو كما لو اشترت به متاعا بقيمته ، وإن حالت بأكثر من مهر مثلها اعتبرت الزيادة من الثلث لأنها محاباة فاعتبرت من الثلث كما لو اشترت متاعا بأكثر من قيمته ، وإن خالعت فى مرض موتها على سيارة قيمتها ألف ومهر مثلها خمسمائة فقد حابته بنصف السيارة ، فإن لم يخرج النصف من الثلث ـ فإن كان عليها دين يستغرق مالها ـ فالزوج بالخيار بين أن يأخذ نصف السيارة لا غير وبين أن يفسخ ويضرب مع الغرماء بمهر مثلها ونصفه وصية .

ومن أصحابنا من قال : هو بالخيار بين أن يرضى بهذا وبين أن يفسخ ويرجع بمهر مثلها ، لأن الصفقة تبعضت عليه لأنه دخل على أن يأخذ جميع السيارة عوضا ولم يصح له بالعوض إلا نصفها ونصفها وصية . والصحيح أنه لا خيار له لأن السيارة قد سلمت له على كل حال ، وإن لم يكن لها مال غير السيارة ولم يجز الورثة كان للزوج نصف السيارة بمهر المثل وسدسها بالمحاباة فذلك ثلثا السيارة ، فيكون الزوج بالخيار بين أن يأخذ ثلثى السيارة وبين أن يفسخ ويرجع بمهر المثل فإن قال الزوج : أنا آخذ مهر المثل نقداً وسدس السيارة بالوصية لم يكن له ذلك لأن سدس السيارة إنما يكون له وصية تبعاً للنصف .

إذا ثبت هذا : فإن المزنى نقل عن الشافعى أن له نصف السيارة ونصف مهر المثل ، ثم اعترض عليه وقال : هـذا ليس بشىء ، بل له نصف السيارة وثلث مابقى ، قال أصحابنا : أخطأ المزنى فى النقل ، وقد ذكرها الشافعى فى الأم فقال له النصف بمهر مثلها .

(فرع) وإن خالعته فى المرض الذى ماتت فيه على مائة ومهر مثلها أربعون ـ ثم عاد الزوج فتزوجها على ملك المائة فى مرض موته وماتا ، وخلفت الزوجة عشرة غير المائة ولم يخلف الزوج شيئاً ـ فإن مات الزوج أولا بطلت محاباته لها ؛ لأنها ورثته وصحت محاباتها له ؛ لأنه لم يرثها فيكون للزوج منها أربعون مهر مثلها ، وله شىء بالمحاباة ، وإن ماتت الزوجة أولا ولم يترك غير المائة بطلت محاباتها له ، لأنه ورثها .

وأما محاباة الزوج لها ـ فان أصدقها المائة التى خالعته عليها بعينها لم يصح ،

لأنه لما أصدقها المائة وهو لا يملك منها غير أربعين فكأنه أصدقها ما يملك وما لا يملك ، فبطل المسمى ورجعت إلى مهر المثل فيجب لكل واحد منهما على الآخر مهر مثلها فيتقاصان ، ثم يرث الزوج نصف المائة عنها إن لم يكن لها ولد ولا ولد ولد ، فيكون ذلك لورثته ، وإن أصدقها مائة في ذمتها صحت لها المحاباة وحسابه : له أربعون مهر المثل ولا محاباة له ويرجع اليها صداقها ، ولها شيء محاباة في ذمته ، فتكون تركتها مائة وشيئاً ، ويرث الزوج نصف ذلك وهو خمسون ، ونصف شيء ، يخرج من ذلك لها شيء بالمحاباة ، فيبقى في يد ورثته خمسون إلا نصف شيء تعول شيئين فاذا خيرت عدلت الخمسون ستين ، ونصفا الشيء الكامل عشرون وهو ما كان بالمحاباة ، ويجب للزوج عليها مهر مثلها ، وله عليها مهر مثلها فيتقصان ويفضل لها عليه عشرون فيكون ذلك تركة لها مع المائة فذلك مائة وعشرون ، يرث الزوج نصف ذلك وهو ستون ، فتأخذ المرأة منها بالمحاباة عشرين ، ويبقى لورثته أربعون ، وهو مثلا محاباته لها ، فيكون لورثته ستون .

﴿ فرع ﴾

ولو تزوجها في مرض موته على مائة درهم ، ومهر مثلها خمسون ؛ ودخل بها ، ثم خالعته في مرض موتها على مائة في ذمتها ثم ماتا ولا يملكان غير هذه المائة ولم يجز ورثتها لحسابه للزوجة خمسون مهر مثلها من رأس المال ولها شيء محاباة ، لجميع تركتها خمسون وشيء للزوج منها خمسون مهر المثل ، وله ثلث شيء محاباة فيكون تركته مائة إلا ثلثي شيء تعدل شيئين ، فاذا أخذت عدلت المائة بشيئين وثلثي الشيء الكامل ثلاثة أثمان المائة وهو سبعة وثلاثون ونصف ، وهذا الذي صح لها بالمحاباة ، فيأخذه من الزوج مع مهر المثل فذلك سبعة وثلاثون ونصف ، وهذا الذي صح لها بالمحاباة يأخذه من الزوج مع مهر المثل فذلك سبعة وثلاثون ونصف ، وهذا الذي صح لها بالمحاباة تأخذه من الزوج مع مهر مثلها ، وذلك سبعة وثمانون ونصف ، فيرجع اليها مهر مثلها بالخلع ، ويبقى معها سبعة وثلاثون ونصف يستحق الزوج ثلث ذلك بالمحاباة

فيبقى لورثتها ثلثا ذلك ، فيجتمع لورثة الزوج خمسة وسبعون وذلك مثلا محاباته لها ، فالدور وقع فى فريضة الزوج لا فى فريضة الزوجة ، فإن تركت الزوجه شيئاً غير الصداق فانك تضم ثلث تركتها الى المائه التى تركها الزوج ثم تأخذ ثلاثة أثمان ذلك وهو الجائز بالمحاباة ، وسواء مات الزوج أولا أو الزوجه فالحكم واحد لأنهما لا يتوارثان .

قال ابن اللبان : ولو خالعته على المائه بعينها بطلت محاباتها لأنها خالعته على ما تملك وعلى مالا تملك فبطل المسمى ووجب مهر المثل ولها بالمحاباة شيء لجميع تركتها خمسون وشيء للزوج منها خمسون ولا محاباة لها فتركته مائه إلا شيئا يعول شيئين للزوج منها خمسون ولا محاباة لها فتركته مائه إلا شيئا ، فاذا خيرت عولت المائه ثلاثه أشياء : الشيء ثلاثه وثلاثون وثلث يكون لها ذلك مع مهر مثلها ، فيأخذ الزوج من ذلك مهر مثلها مع ما بقى معه من المائه فذلك ستة وستون وثلثان وذلك مثلا محاباته لها ، والله الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

باب جامع فى الخلع

إذا قالت المرأة للزوج : طلقنى على ألف ، فقال : خالعتك ، أو حرمتك ، أو أبنتك على ألف ، ونوى الطلاق صح الخلع ، وقال أبو على بن خيران : لا يصح لأنها سألت الطلاق بالصريح ، فأجاب بالكنايه ، والمذهب الاول ، لأنها استدعت الطلاق ، والكنايه مع النيه طلاق .

فان قالت : طلقنى بألف فقال : خالعتك بألف ولم ينو الطلاق – وقلنا : إن الخلع فسخ لم يستحق العوض – لأنها استدعت فرقة ينقص بها العدد ولم يجبها إلى ذلك ، فان قالت : اخلعنى فقال : طلقتك – وقلنا : ان الخلع فسخ – ففيه وجهان .

(أحدهما) لايصح لأنه لم يجب إلى ما سألت ، فهو كالقسم قبله (والثانى) يصح وهو المذهب لأنها استدعت فرقة لا ينقص بها العدد ، فأجاب الى فرقة ينقص بها العدد لحصل لها ما طلبت وزيادة .

(الشرح) الأحكام : إذا قالت المرأة طلقنى ثلاثاً ولك ألف ، فطلقها ثلاثاً استحق الألف عليها . وبه قال أحمد وأبو يوسف ومحمد . وقال أبو حنيفة : لا يستحق شيئاً . دليلنا أنها استدعت منه الطلاق بالعوض فكان كما لو قالت : طلقنى وعندى ألف

وإن قالت طلقنى ثلاثاً ولك ألف أو بألف أو على ألف فطلقها واحدة استحق عليها ثلث الألف ، وبه قال مالك . وقال أحمد لا يستحق عليها شيئاً . وقال أبو حنيفة : إن قالت بألف استحق عليها ثلث الألف . وإن قالت على ألف لم تستحق شيئاً . دليلنا أنها استدعت منه فعلا بعوض ، فإذا فعل بعضه استحق بقسطه ، كما لو قالت : من رد علىَّ عبيدى الثلاثة من الإباق فله ألف فرد واحداً منهم . وإن قالت طلقنى ثلاثاً فطلقها واحدة ونصفاً وقع عليها طلقتان . هكذا أفاده العمرانى فى البيان وابن الصباغ فى الشامل ، وكم يستحق عليها ؟ فيه وجهان (أحدهما) يستحق ثلثى الألف ، لأنه وقع عليها طلقتان

(والثانى) لا يستحق عليها إلا نصف الالف لانه لم يوقع عليها الا نصف الثلاث ، وانما سرت الطلقة بالشرع . وان قال : إن أعطيتنى ألفاً فأنت طالق ثلاثاً فأعطته ثلث الالف أو نصفها لم يقع الطلاق عليها ، لان الصفة لم توجد بخلاف ما لو استدعت منه الطلاق ، فإن طريقه المعاوضة وهذا طريقه الصفة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قالت طلقنى ثلاثا ولك علىّ ألف فطلقها طلقة استحق ثلث الالف لأنها جعلت الالف فى مقابلة الثلاث ، فكان فى مقابلة كل طلقة ثلث الالف . وان طلقها طلقة ونصفاً ففيه وجهان (أحدهما) يستحق ثلثى الالف لانها طلقت طلقتين (والثانى) يستحق نصف الالف لانه أوقع نصف الثلاث . وإنما كملت بالشرع لا بفعله

فإن قال إن أعطيتني ألفاً فأنت طالق ثلاثا ، فأعطته بعض الألف لم يقع شيء ، لأن ما كان من جهته طريقه الصفات ، ولم توجد الصفة فلم يقع ؛ وما كان من جهتها طريقه الاعواض ، فقسم على عدد الطلاق ، وإن بقيت له على امرأته طلقة فقالت له طلقني ثلاثا ولك علىّ ألف ، فطلقها واحدة : فالمنصوص أنه يستحق الألف . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو العباس وأبو إسحاق : المسألة مفروضة فى امرأة علمت أنه لم يبق لها إلا طلقة ، فيكون معنى قولها طلقني ثلاثاً أى كمل لى الثلاث ، كرجل أعطى رجلا نصف درهم ، فقال له اعطنى درهما أى كمل لى درهما ، وأما إذا ظنت أن لها الثلاث لم يجب أكثر من ثلث الألف لأنها بذلت الألف فى مقابلة الثلاث فوجب أن يكون لكل طلقة ثلث الالف . ومن أصحابنا من قال يستحق الالف بكل حال لان القصد من الثلاث تحريمها الى أن تنكح زوجا غيره ، وذلك يحصل بهذه الطلقة فاستحق بها الجميع ، وقال المزنى رحمه الله : لا يستحق إلا ثلث الالف علمت أو لم تعلم ، لأن التحريم يتعلق بها وبطلقتين قبلها ، كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر كان السكر بالثلاث ، وإذا فقأ عين الاعور كان العمى بفقء الباقية وبالمفقوءة قبلها ، وهذا خطأ لأن لكل قدح تأثيرا فى السكر ، ولذهاب العين الاولى تأثيرا فى العمى ، ولا تأثير الأولى والثانية فى التحريم ، لأنه لو كان لهما تأثير فى التحريم لكمل ، لأنه لا يتبعض

وإن ملك عليها ثلاث تطليقات فقالت له طلقنى طلقة بألف فطلقها ثلاثا استحق الالف لانه فعل ما طلبته وزيادة ، فصار كما لو قال من رد عبدى فلانا فله دينار فرده مع عبدين آخرين

فإن قالت طلقنى عشراً بألف فطلقها واحدة ففيه وجهان (أحدهما) يجب له عشر الالف لانها جعلت لكل طلقة عشر الالف (والثانى) يجب له ثلث الالف لان ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم ، وان طلقها ثلاثا فله على الوجه الاول ثلاثة أعشار الالف ، وعلى الوجه الثانى له جميع الالف ، وان بقيت له طلقة فقالت له : طلقنى ثلاثا على ألف ؛ طلقة أحرم بها عليك وطلقتين فى نكاح آخر إذا نكحتنى ، فطلقها ثلاثا ، وقعت طلقة ولا يصح ما زاد لانه سلف فى

الطلاق ، ولانه طلاق قبل النكاح ، فإن قلنا إن الصفقة لا تفرق سقط المسمى ووجب مهر المثل ، وإن قلنا تفرق الصفقة ففيما يستحق قولان (أحدهما) ثلث الالف (والثانى) جميع الالف كما قلنا فى البيع

(الشرح) الاحكام : إن قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلت واحدة بثلث الالف . قال ابن الحداد : لم يقع الطلاق ولم يلزمها شيء لأنه لم يرض بانقطاع رجعته عنها إلا بالالف فلا ينقطع بما دونه . وإن قالت : قبلت واحدة بألف قال ابن الحداد وقعت عليها طلقة واحدة واستحق عليها الالف لأنها زادته خيراً . وقال بعض أصحابنا بل يقع عليها ثلاث طلقات بالالف لأن انقطاع الطلاق اليه دونها وإنما اليها قبول العوض وقد وجد منه إيقاع الثلاث فوقعن وإن قال أنت طالق ثلاثا بألف فقالت قبلتها بخمسمائة لم يصح الطلاق ، ولم يلزمها عوض لأنه لم يرض وقوع الطلاق عليها بأقل من ألف ولم تلتزم له بالالف وان قالت طلقنى ثلاثا بألف فقال أنت طالق ثلاثا بألف ودينار أو بألفين لم يقع عليها الا أن تقول عقب قوله قبلت لأنها لم ترض بالتزام أكثر من الألف ، ولم يرض بإيقاع الطلاق الا بأكثر من الف

وان قالت طلقنى ثلاثا بألف فقال أنت طالق ثلاثا بخمسمائة أو قالت طلقنى بألف ولم تقل ثلاثا ، فقال أنت طالق بخمسمائة وقع عليها الثلاث فى الاولة ، وفى الثانية ما نوى ولم يلزمها الا خمسمائة فيهما ، لأنه زادها بذلك خيراً ، لان رضاها بألف رضى بما دونه ، هكذا ذكر القاضى ابو الطيب وقال اذا قال طلقتك على ألف فقالت قبلت بألفين وقع عليها الطلاق ولم يلزمها الا ألف . وقال المسعودى اذا قال خالعتك بألف فقالت اختلعت بألفين لم تقع الفرقة ، لان من شرط القبول أن يكون على وفق الإيجاب

(فرع) اذا بقى له على امرأته طلقة فقالت طلقنى ثلاثا بألف فطلقها واحدة قال الشافعى استحق عليها الالف ؛ واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو العباس وأبو إسحاق هذه مفروضة فى امرأة تعلم انه ما بقى عليها إلا واحدة ، فيكون معنى قولها طلقنى ثلاثا أى أكمل لى الثلاث فيلزمها ، وأما إذا كانت لا تعلم ذلك فلا

يستحق عليها إلا ثلث الالف لانها بذلت الالف على الثلاث ، فإذا طلقها واحدة لم يستحق إلا ثلث الالف ، كما لو كان يملك عليها ثلاثا فطلقها واحدة . ومن أصحابنا من قال يستحق عليها الالف بكل حال ، وهو ظاهر النص واختيار القاضى أبى الطيب ، لان المقصود بالثلاث قد حصل لها بهذه الطلقة . وقال المزنى لا يستحق عليها إلا ثلث الالف بكل حال ، لان التحريم إنما يحصل بهذه الطلقة وبالاولتين قبلها ، كما إذا شرب ثلاثة أقداح فسكر ، فإن السكر حصل بالثلاثة أقداح ، وان بقى عليها طلقتان ، فقالت طلقنى ثلاثا بألف . فإن قلنا بالطريقة الاولى وكانت عالمة بأنه لم يبق عليها الا طلقتان ، فإن طلقها طلقتين استحق عليها الالف وان طلقها واحدة استحق عليها نصف الالف . وان لم تعلم أنه بقى لها طلقتان فان طلقها طلقتين استحق عليها ثلثى الالف . وان طلقها واحدة استحق عليها ثلث الالف . وعلى الطريقة الثانية ان طلقها طلقتين استحق عليها الالف . وان طلقها واحدة قال ابن الصباغ فعندى أنه لا يستحق عليها الا ثلث الالف لأن هذه الطلقة لم يتعلق بها تحريم العقد فصار كما لو كان له ثلاث طلقات فطلقها واحدة

(مسئلة) قوله وان ملك عليها ثلاث تطليقات الخ . وهو كما قال . فإن كان يملك ثلاث طلقات فقالت له طلقنى واحدة بألف فطلقها ثلاثا وقع عليها الثلاث واستحق عليها الالف لانه حصل لها ما سألت وزيادة . قال أبو اسحاق الالف فى مقابلة الثلاث . وقال غيره من أصحابنا بل الالف فى مقابلة الواحدة والإثنتان بغير عوض وليس تحت هذا الاختلاف فائدة

وقال القفال يقع الثلاث ويستحق عليها ثلث الالف لانها رضيت بواحدة عن العوض وهو جعل كل واحدة بإزاء ثلث الالف . وحكى المسعودى أن من أصحابنا من قال يقع عليها واحدة بثلث الالف لا غير لانه أوقع الاخريين على العوض ولم تقبلها فلم يقعا . والاول هو المشهور

(فرع) وان قال لها انت طالق طلقتين احداهما بالالف قال ابن الحداد ان قبلت وقع عليها طلقتان ولزمها الالف . وان لم تقبل لم يقع عليها طلاق لانه لم يرض بإيقاع طلقتين الا بأن يحصل له الالف . فاذا لم يحصل لم يقع عليها

الطلاق كما لو أوصى أن يحج عنه رجل بمائة وأجرة مثله خمسون فلا يحصل له المائة إلا أن يحج عنه . قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل إذا لم يقبل أنه يقع عليها طلاقة ولا شيء عليها لأنه يملك إيقاعها بغير قبول وقد أوقعها . وإن قالت قبلت الطلقتين ولم أقبل العوض كان بمنزلة ما لو لم يقبل لأن الطلاق لا يفتقر الى القبول ، وإنما الذى يحتاج الى القبول هو العوض ، فلا يقع عليها الطلاق على قول ابن الحداد وعلى قول أبى الطيب يقع عليها الطلقه التى لا عوض فيها

(فرع) وإن قال لامرأتيه أنتما طالقتان إحداكما بألف ـ فإن قبلتا جميعاً ـ وقع عليهما الطلاق . ويقال له عين المطلقة بالالف ، فإذا عين إحداهما كان له عليها مهر مثلها ، لأن المسمى لا يثبت مع الجهالة بالتسمية . وإن قبلت إحداهما ولم تقبل الاخرى قيل له عين المطلقة بالالف ، فإن قال هى القابلة ، وقع عليها الطلاق ثانياً ولزمها مهر مثلها ووقع الطلاق على الاخرى بغير عوض ، وإن قال المطلقة بالالف هى التى لم تقبل وقع الطلاق على القابلة بغير عوض ولم يقع الطلاق على التى لم تقبل ، وإن لم تقبل واحـدة منهما سقط الطلاق بالالف ، ويقال له عين المطلقة بغير ألف ، فإذا عين إحداهما وقع الطلاق عليها بغير عوض ، وان ردتا جميعاً ولم يقبلا ـ قال القاضى أبو الطيب : ـ فعلى قول ابن الحـداد فى التى قبلها يجب أن لا يقع على واحدة منهما طلاقا ، لأنه لم يسلم له الشرط من الالف ، قال وعلى ما ذكرته فى التى قبلها يسقط الطلاق الذى شرط فيه الالف ويقع الطلاق الذى أوقعه بغير شيء ويطالب بالتعيين

(مسألة) قوله : فان قالت طلقنى عشراً بألف الخ . وهذا كما قال ، فانه إن قالت له طلقنى عشراً بألف فطلقها واحـــدة ففيه وجهان حكاهما الشيخ هنا (أحـدهما) يستحق عليها عشر الالف لأنها جعلت لكل طلقة عشر الالف . (والثانى) يستحق عليها ثلث الألف لان ما زاد على الثلاث لا يتعلق به حكم . قال فان طلقها ثلاثاً استحق عليها على الوجه الاول ثلاثة أعشار الالف ، وعلى الثانى جميع الالف . وأما القاضى أبو الطيب فحكى عن ابن الحداد اذا قالت طلقنى عشراً بألف فطلقها واحدة استحق عليها عشر الالف . قال القاضى قلت أنا ، وان طلقها اثنتين استحق عليها خمس الالف وان طلقها ثلاثا استحق عليها جميع الالف .

وهكذا ذكر ابن الصباغ . ولم يذكر الوجه الثانى

(فرع) إذا بقيت له على إمرأته طلقه فقالت : طلقنى ثلاثا بألف ، فقال لها أنت طالق طلقتين ، الأولى بألف ، والثانية بغير شىء ، فقال أبو العباس بن القاص : وقعت الطلقة التى بقيت له بألف عليها : ولا تقع عليها الثانية ، وإن وإن قال : الأولة بغير شىء : والثانية بألف ، وقعت عليها الطلقة التى بقيت له بغير شىء ولم تقع الثانية ، فاعترض عليه بعض أصحابنا وقال : إذا قال أنت طالق طلقتين فليس فيهما أولة ولا ثانية .

قال القاضى أبو الطيب : أخطأ هذا المعترض لأن كلامه إذا لم يقطعه قبل منه ما شرط فيه وقيده ، ولهذا يقبل استثناؤه ، وإن بقيت له واحدة قالت : طلقنى ثلاثاً بألف ، فقال أنت طالق طلقتين إحداهما بألف .

قال أبو العباس بن القاص : وقعت عليها واحدة ولزمها الألف . وقال فى شرح التلخيص يجب أن يرجع الى بيانه . فان قال أردت بقولى إحداهما بألف للأولى دون الأخرى فله الألف ، وإن قال أردت بقولى إحداهما بألف الثانية لم يكن له شىء .

قال القاضى أبو الطيب : الصحيح ما قاله ابن القاص ، لأنه إذا لم يقل المطلق الأولى والثانية بلفظ ، لم يكن فيهما أولة ولا ثانية ، فترجع الألف الى المطلقة التى بقيت له .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وان قالت أنت طالق على ألف وطالق وطالق لم تقع الثانية والثالثة لأنها بانت بالأولى ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف ، وقال أردت الأولى بالألف لم يقع مابعدها لأنها بانت بالأولى . وان قال أردت الثانية بالألف فان قلنا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعية وبانت الثانية ولم تقع الثالثة . وإن قلنا لا يصح خلع الرجعية وقعت الأولى رجعيه والثانيه رجعيه وبانت بالثالثه وان قال أردت الثالثه بالألف فقد ذكر بعض أصحابنا أنه يصح ويستحق الألف قولا واحداً لأنه يحصل بالثالثه من التحريم مالا يحصل بغيرها وعندى أنه لا يستحق الألف على القول الذى يقول أنه لا يصح خلع الرجعيه ، لان الخلع

يصادف رجعيه ؛ وإن قال أردت الثلاث بالالاف لم تقع الثانيه والثالثه لان الاولى وقعت بثلث الالف وبانت بها فلم يقع ما بعدها .

(فصل) وان قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ولا يستحق عليها شيئا لانه أوقع الطلاق من غير عوض ثم استأنف إيجاب العوض من غير طلاق ؛ فان كان ذلك بعد الدخول فله أن يراجع لانه طلق من غير عوض ، وإن قال أنت طالق على أن عليك ألفا فقبلت صح الخلع ووجب المال لان تقديره أنت طالق على ألف فإذا قبلت وقع الطلاق ووجب المال .

(الشرح) الاحكام : إذا قالت طلقنى واحدة بألف فقال أنت طالق على ألف وطالق وطالق ، وقعت عليها الاولة بألف ، ولم يقع ما بعدها ، وان قال أنت طالق وطالق وطالق على ألف قيل له أى الثلاث أردت بالالف ، فإن قال أردت الاولة بانت بالاولة ولم يقع عليها ما بعدها ، وان قال أردت الثانيه بالالف وقعت الاولة رجعيه .

فإن قلنا يصح خلع الرجعيه وقعت الثانيه أيضا بالالف ولم تقع الثالثه . وإن قلنا لا يصح خلع الرجعيه وقعت الاولة رجعيه ، والثانيه رجعيه وبانت بالثالثه ، ولا يستحق عليها عوضا ، وإن قال أردت الثالثه بالالف .

قال المحاملى : صح ذلك واستحق عليها الالف قولا واحداً ، لان الثالثه تقع بها بينونة لا تحل إلا بعد زوج ، فيؤخذ فيها معنى يختص بها لا يوجد فى الاولة ولا فى الثانيه فصح .

وقال الشيخ أبو إسحاق لا يستحق عليها الالف على القول الذى قاله لا يصح خلع الرجعيه كما قلنا فى التى قبلها — إن قال أردت الثلاث بالالف — وقعت الاوله بثلث الالف وبانت ؛ ولم يقع ما بعدها .

(مسأله) قوله (فصل) وان قال أنت طالق وعليك ألف طلقت ، وهو كما قال ، قال الشافعى رضى الله عنه قال ، وان قال لها أنت طالق وعليك ألف درهم ، فهى طالق ولا شىء عليها ، وانما كان كذلك لان قوله أنت طالق ابتداء ايقاع ، وقوله وعليك ألف استئناف كلام فلم يتعلق بما قد تقدم فيكون الطلاق

رجعيا ، فإن ضمنت له الألف لم يلزمها بهذا الضمان حق ، لأنه ضمان مالم يجب ، وإن أعطته الألف كان ابتداء هبة ولم يقطع به رجعة ، وإن قال : أنت طالق على أن عليك ألفاً .

قال الشافعى فى الأم : فإن ضمنت فى الحال وقع الطلاق ، وان لم تضمن لم يقع ، لأن (على) كلمة شرط ، فقد علق وقوع الطلاق بشرط ، فمتى وجد الشرط وقع الطلاق ، وان لم تضمن لم يقع ، لأن (على) كلمة شرط فقد علق وقوع الطلاق بشرط ، فمتى وجد الشرط وقع الطلاق بخلاف الاولة ، فإن قوله وعليك ألف ، استئناف كلام وليس شرطاً .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) إذا قال إن دفعت إلى ألف درهم فأنت طالق فان نويا صنفاً من الدراهم صح الخلع وحمل الألف على ما نويا لانه عوض معلوم وإن لم ينويا صنفا نظرت ، فان كان فى موضع فيه نقد غالب حمل العقد عليه لأن اطلاق العوض يقتضى نقد البلد كما نقول فى البيع ، وإن لم يكن فيه نقد غالب فدفعت اليه ألف درهم بالعدد دون الوزن لم تطلق ، لأن الدراهم فى عرف الشرع بالوزن ، وان دفعت اليه ألف درهم نقرة لم تطلق لأنه لا يطلق اسم الدراهم على النقرة ، وإن دفعت اليه ألف درهم فضة طلقت لوجود الصفة ويجب ردها لأن العقد وقع على عوض مجهول ويرجع بمهر المثل لانه تعذر الرجوع إلى المعوض فوجب بدله ، وان دفعت اليه دراهم مغشوشة ، فان كانت الفضة فيها تبلغ ألف درهم طلقت لوجود الصفة ، وإن كانت الفضه فيها ألف درهم لم تطلق ، لأن الدراهم لا تطلق إلا على الفضه .

(فصل) وإن قال إن أعطيتنى عبداً فأنت طالق فأعطته عبداً تملكه طلقت سليما كان أو معيبا قناً كان أو مدبراً لان اسم العبد يقع عليه ويجب رده والرجوع بمهر المثل لانه عقد وقع على مجهول ، وإن دفعت اليه مكاتبا أو مغصوبا لم تطلق لانها لا تملك العقد عليه .

وإن قال : إن أعطيتنى هذا العبد فأنت طالق فأعطته وهو مغصوب ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : انها لا تطلق كما لو خالعها على عبد غير معين فأعطته عبداً مغصوباً (والثانى) وهو المذهب أنها تطلق لا نها أعطته ما عينه ويخالف إذا خالعها على عبد غير معين لان هناك أطلق العقد لحمل على ما يقتضيه العقد والعقد يقتضى دفع عبد تملكه .

(الشرح) الأحكام : إذا قال ان أعطيتنى ألف درهم فأنت طالق، فأعطته ألف درهم فى الحال بحيث يكون جوابا لكلامه نظرت ـ فان أعطته الف درهم مضروبه لا زائدة ولا ناقصه ، وقع عليها الطلاق لوجود الشرط ، وإن أعطته ألف درهم مضروبه وزيادة وقع الطلاق لوجود الصفه ، والزيادة لا تمنعها ، كما قال إن أعطيتنى ثوباً فأنت طالق ، فأعطته ثوبين .

فان قيل : أليس الاعطاء عندكم بمنزله القبول ، والقبول إذا خالف الإيجاب ـ وان كان بالزيادة لم يصح ، الا ترى أنه لو قال : بعتك هـذا بالف فقال : قبلت بألفين ، لم يصح ؟

قلنا : الفرق بينهما أن القبول يقع بحكم الإيجاب فى العقد ، فمتى خالفه لم يصح وههنا المغلب فيه حكم الصفه ، فوقع الطلاق ، والذى يقتضى المذهب أن لها أن تسترد الزيادة على الالف ويملك الزوج الالف ، إذا كانت الدراهم معلومه ، وان كانت مجهوله ردها ورجع عليها مهر المثل ، وإن أعطته دراهم ناقصه ، فان كانت ناقصة العدد والوزن بأن أعطته دراهم عددها دون الالف ، ووزنها دون وزن ألف درهم من دراهم الإسلام ، لم يقع الطلاق ، لان اطلاق الدراهم يقتضى وزن الإسلام ، وان كانت ناقصه العدد وافيه الوزن بأن أعطته تسعمائه درهم مضروبه ـ الا أن وزنها وزن ألف درهم من دراهم الاسلام ـ وقع عليها الطلاق لوجود الصفه ، لأن الاعتبار بالوزن دون العدد ، اذا لم يكن مشروطا وان اعطته قطعه فضه نقرة وزنها ألف درهم لم يقع الطلاق ، لأن اطلاق الدراهم انما ينصرف الى المضروبه ـ والنقرة قطع كالسبائك ـ وان أعطته

ألف درهم مضروبة رديئة ـ فان كانت رداءتها من جهة الجنس أو السكة ، بأن كانت فضتها خشنة أو سكتها مضطربة ، وقع الطلاق لوجود الصفه .

قال الشيخ أبو حامد وابن الصباغ : وله ردها والمطالبة ببدلها سليمة من غير نقد البلد ، لان إطلاق المعاوضه يقتضى السلامه من العيوب ، وإن أعطته ألف درهم مغشوشه بغير جنسها بأن كانت مغشوشه برصاص أو نحاس ـ فان كانت الفضة لا تبلغ ألف درهم من دراهم الاسلام ـ لم يقع الطلاق ، لان الشرط لم يوجد وإن كانت الفضه فيها تبلغ ألف درهم من دراهم الاسلام وقع عليها الطلاق ، لوجود الصفه .

* * *

(فرع) إذا قالت : طلقنى بألف فقال : أنت طالق ثلاثاً ، استحق الالف ، وإن طلقها واحدة أو اثنتين ـ قال الصيمرى : ـ سألناها ، فان قالت : أردت ما أجابنى به أو أقل لزمها الالف . وإن قالت : أردت أكثر فالقول قولها مع يمينها وله العوض بحساب ما طلق ، وإن سألت الطلاق مطلقاً بعوض فقال : أنت طالق ، فان قال : أردت ثلاثا وقع عليها الثلاث ، واستحق الالف ، وإن قال أردت ما دون الثلاث رجع اليها فيما سألت ، وكان الحكم كالاولة .

(فرع) إذا قالت : خالعنى على ألف درهم ، فقال : خالعتك نظرت ـ فان قيداه بدراهم من نقد البلد معلوم صح ولزم الزوجه منها ، وان لم يقيدا ذلك بنقد بلد معروف ـ وكانا فى بلدفيه دراهم غالبه ـ انصرف اليها ذلك . كما قلنا فى البيع ، وان كانا فى بلد لا دراهم فيها غالبه ونويا صنفاً من الدراهم ، أو قال : خالعتك على ألف ـ ولم يقل من الدراهم ولا من الدنانير ، فقالت : قبلت ونويا صنفا من الدراهم والدنانير ، واتفقا عليه ، انصرف إطلاقهما الى ما نوياه ، لانهما اذا ذكرا ذلك واعترفا أنهما أرادا صنفا صار كما لو ذكراه ، وان لم ينويا صنفا صح الخلع ، وكان العوض فاسداً فيلزمها مهر المثل .

اذا ثبت هذا : فان المصنف قال فى مطلع الفصل : اذا قال : ان دفعت الىّ ألف درهم فأنت طالق ـ ونويا صنفا من الدراهم ـ صح الخلع ، وحمل على مانويا

والذى يقتضى المذهب أن نيتهما إنما تؤثر فى الخلع المنجز على ما مضى . وأما هذا فهو طلاق معلق على صفة . هكذا أفاده الماوردى والعمرانى وابن الصباغ وغيرهم من أصحابنا ، وأى صنف من الدراهم أعطته وقع به الطلاق ولا تأثير للنية

(فرع) إذا كان له زوجتان صغيرة وكبيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة رضاعا يحرم ، وخالع الزوج الكبيرة - فإن علم أن الخلع سبق الرضاع - صح الخلع ، وإن علم أن الرضاع سبق الخلع لم يصح الخلع لأن النكاح انفسخ قبل الخلع ، وإن أشكل السابق منهما صح الخلع ، لأن الأصل بقاء الزوجية

(مسألة) إذا تخالع الزوجان الوثنيان والذميان صح الخلع لأنه معاوضة فصح منهما كالبيع ، ولأن من صح طلاقه بغير عوض صح بعوض كالمسلمين ، فان عقد الخلع بعوض صحيح ثم ترافعا الينا أمضاه الحاكم قبل التقابض وبعده لأنه يصح ، وإن تخالعا بعوض فاسد كالخمر والخنزير - فإن ترافعا الينا قبل القبض لم نؤمِّن على إقباضه بل نوجب له مهر المثل ، وان ترافعا الينا بعد التقابض للجميع حكمنا ببراءة ذمتها ، فإن ترافعا بعد أن قبض البعض فإن الحكم يمضى من ذلك ما تقابضاه ويحكم له بمهر المثل بقسط ما بقى كما قلنا فى الصداق ، وإن تخالعا المشركان على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أحدهما قبل التقابض فان الحاكم يحكم بفساد العوض ويوجب مهر المثل اعتبارا بحال المسلم منهما

(فرع) وان ارتد الزوجان المسلمان أو أحدهما ثم تخالعا فى حال الردة كان الخلع موقوفا ، فان اجتمعا على الإسلام قبل العدة تبينا أن الخلع صحيح ، لأنه بان ان النكاح باق ، وان انقضت عدتها قبل أن يجتمعا على الإسلام لم يصح الخلع لأنه بان أن النكاح انفسخ بالردة والله أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن اختلف الزوجان فقال الزوج طلقتك على مال وأنكرت المرأة بانت باقراره ولم يلزمها المال ، لأن الأصل عدمه . وان قال طلقتك بعوض فقالت طلقتنى بعوض بعد مضى الخيار بانت باقراره ، والقول فى العوض قولها لأن الاصل براءة ذمتها ، وان اختلفا فى قدر العوض ، أو فى عينه ، أو فى

صفته . أو فى تعجيله أو فى تأجيله ، تحالفا لأنه عوض فى عقد معاوضة فتحالفا فيه على ماذكرناه كالبيع ، فاذا تحالفا لم يرتفع الطلاق وسقط المسمى ووجب مهر المثل ، كما لو اختلفا فى ثمن السلعة بعدما تلفت فى يد المشترى

وان خالعها على ألف درهم واختلفا فيما نويا ، فادعى أحدهما صنفاً وادعى الآخر صنفاً آخر تحالفا . ومن أصحابنا من قال لا يصح للاختلاف فى النية لأن ضمائر القلوب لا تعلم ، والاول هو المذهب ، لأنه لما جاز أن تكون النية كاللفظ فى صحة العقد عند الاتفاق وجب أن تكون كاللفظ عند الاختلاف ، ولأنه قد يكون بينهما أمارات يعرف بها ما فى القلوب ، ولهذا يصح الاختلاف فى كنايات القذف والطلاق .

وان قال أحدهما خالعت على ألف درهم . وقال الآخر خالعت على ألف مطلق تحالفا ، لأن أحدهما يدعى الدراهم والآخر يدعى مهر المثل ، وان بقيت له طلقة فقالت له طلقنى ثلاثاً على ألف فطلقها ، قلنا انها ان علمت ما بقى استحق الالف وان لم تعلم لم يستحق الا ثلث الالف .

وان اختلفا فقالت المرأة لم أعلم ، وقال الزوج بل علمت تحالفا ورجع الزوج الى مهر المثل لأنه اختلاف فى عوض الطلقة ، وهى تقول بذلت ثلث الالف فى مقابلتها ، وهو يقول بذلت الألف

(فصل) وان قال خالعتك على ألف وقالت بل خالعت غيرى بانت المرأة لاتفاقهما على الخلع ، والقول فى العوض قولها ؛ لأنه يدعى عليها حقا والاصل عدمه . وان قال خالعتك على ألف ، وقالت خالعتنى على ألف ضمنها عنى زيد ، لزمها الالف لأنها أقرت به ولا شىء على زيد الا أن يقر به ، وان قال خالعتك على ألف فى ذمتك ؛ فقالت بل خالعتنى على ألف لى فى ذمة زيد ، تحالفا ، لأن الزوج يدعى عوضا فى ذمتها وهى تدعى عوضا فى ذمة غيرها ، وصار كما لو ادعى أحدهما أن العوض عنده وادعى آخر أنه عند آخر

(الشرح) الأحكام : اذا ادعت الزوجة على زوجها أنه طلقها بألف وأنكر فان لم يكن معها بينة فالقول قوله مع يمينه . لأن الاصل عدم الطلاق . وان كان

معها بينة شاهدان ذكران ، واتفقت شهادتهما حكم عليه بالطلاق وانقطاع الرجعة . قال الشيخ أبو حامد : ويستحق عليها الالف ، فان شاء أخذها وان شاء تركها ؛ وان شهد أحدهما أنه خالعها بألف وشهد الآخر أنه خالعها بالفين لم يحكم بالخلع لأنهما شهدا على عقدين . وان أقامت شاهداً واحداً وارادت أن تحلف معه او شاهداً وامرأتين لم يحكم بصحة الخلع ، لان الطلاق لا يثبت الا بشاهدين

(مسألة) وان ادعى الزوج على زوجته أنه طلقها بألف وأنكرت ، فإن كان ليس له بينة حلفت لأنه يدعى عليها ديناً فى ذمتها ، والأصل براءة ذمتها ويحكم عليه بالبينونة لأنه أقر على نفسه بذلك ، وان كان معه بينة ، فان أقام شاهدين ذكرين حكم له عليها بالمال ، وان أقام شاهداً وحلف معه أو شاهداً وامرأتين ثبت له المال لا دعواه بالمال . وذلك يثبت بالشاهد واليمين ، والشاهد والمرأتين . قال المسعودى : وان قالت طلقنى بألف الا أنى كنت مكرهة على التزامه فالقول قولها مع يمينها لأن الاصل براءة ذمتها

(فرع) وان ادعى الزوج عليها أنها استدعت منه الطلاق بألف فطلقها عليه فقالت قد كنت استدعيت منك الطلاق بألف ولكنك لم تطلقنى على الفور بل بعد مضى مدة الخيار ، وقال بل طلقتك على الفور بانت منه باقراره ، والقول قولها مع يمينها ، لأن الاصل براءة ذمتها ، وان قال الزوج طلقتك بعد مضى وقت الخيار فلى الرجعة . وقالت بل طلقتنى على الفور فلا رجعة لك ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لان الاصل عدم الطلاق

(فرع) وان اختلفا فى قدر العوض بأن قال خالعتك على ألفى درهم فقالت بل على ألف ، أو اختلفا فى صفة العوض بأن قال خالعتك على ألف ريال سعودى فقالت بل على ألف ريال يمنى ، أو اختلفا فى عين العوض فقال خالعتك على السيارة التاكسى فقالت بل على هذه السيارة النقل ، أو فى تعجيله وتأجيله بأن قال خالعتك على ألف درهم معجلة : فقالت بل على ألف درهم مؤجلة أو فى عدد الطلاق بأن قالت بذلت لك ألفاً لتطلقنى ثلاثاً فقال بل بذلت لى ألفاً لأطلقك واحدة ولم أطلق غيرها فانهما يتحالفان فى جميع ذلك على النفى والإثبات ، كما قلنا فى المتبايعين .

وقال أبو حنيفة القول قول المرأة . دليلنا أن الخلع معاوضة ، فإذا اختلفا في قدر عوضه أو صفته أو تعجيله أو معوضه تحالفا كالمتبايعين

إذا ثبت هذا فإنهما إذا تحالفا فإن التحالف يقتضي فسخ العقد ، إلا أنه لا يمكن ههنا أن يفسخ الخلع ، لأنه لا يلحقه الفسخ فيسقط العوض المسمى في العقد ويرجع عليها بمهر مثلها كالمتبايعين إذا اختلفا بعد هلاك السلعة . وعلى قول من قال من أصحابنا أن البائع يرجع بأقل الامرين من الثمن الذي يدعيه البائع أو قيمة السلعة يرجع الزوج ههنا بأقل الامرين من العوض الذي يدعيه الزوج أو مهر المثل . وإذا اختلفا في قدر الطلاق فلا يقع إلا ما أقر به الزوج

﴿ فرع ﴾

وإن خالعها على دراهم في موضع لا نقد فيه ، فقال أحدهما نوينا من دراهم كذا ؛ وقال الآخر : بل نوينا من نقد بلد كذا ، أو خالعها على ألف مطلق ، وقال أحدهما : نوينا من الدراهم ، وقال الآخر : بل نوينا من الدنانير ففيه وجهان .

(أحدهما) لا يتحالفان ، بل يجب مهر المثل ، لأن ضمائر القلوب لا تعلم .

(والثاني) وهو المذهب أنهما يتحالفان ، لأن النية لما كانت كاللفظ في صحة العقد كانت كاللفظ في الاختلاف ، ولأنه يجوز أن يعرف كل واحد منهما ما نواه الآخر في ذلك بإعلامه إياه أو بأمارات بينهما ، فإذا اختلفا في ذلك تحالفا .

* * *

وإن قال أحدهما : خالعت على ألف درهم من نقد بلد كذا . أو كانا في بلد فيه دراهم غالبة ، وقال الآخر : بل خالعت على ألف مطلقة غير مقيدة بدراهم ولا دنانير تحالفا . لان أحدهما يدعي أن العوض الدراهم المسماة ، والآخر يدعي أن العوض مهر المثل فتحالفا كما قلنا لو اختلفا في قدر العوض .

وإن بقيت له على إمرأته طلقة فقالت طلقنى ثلاثا فطلقها واحدة — وقلنا بقول أبى العباس بن سريج وأبى إسحاق المروزى — أنها إذا علمت أنه لم يبق إلا طلقة ، وقالت : ما كنت عالمة بذلك تحالفا ، لأنهما اختلفا فى عدد الطلاق المبذول به الألف فهى تقول : ما بذلت الألف إلا فى مقابلة الثلاث ، والزوج يقول : بذلت الالف فى مقابلة الواحدة لعلمك بها ، فتحالفا كما لو كان يملك عليها ثلاث طلقات ، واختلفا فى عدد الطلاق ، وجب عليه مهر مثلها لما ذكرناه .

(مسألة) قوله : وإن قال : خالعتك الخ ، وهذا كما قال ، فإنه إذا قال : خالعتك على ألف درهم فقالت : ما بذلت لك العوض على طلاق ، وإنما بذل لك زيد العوض من ماله على طلاقى ، فالقول قولها مع يمينها ، لأن الاصل براءة ذمتها ، تبين منه لاتفاقهما على طلاقها بعوض .

وان قال : خالعتك بألف فى ذمتك ، فقالت : خالعتنى فى ذمتى الا أن زيداً ضمنها عنى ، لزمها الألف ، لانها أقرت بوجوبها عليها الا أنها ادعت أن زيداً ضمنها ، وذلك لا يسقط من ذمتها . وان قالت : خالعتنى بألف يعدّها عنى زيد لزمها الالف لانها أقرت بوجوبها عليها ، لان زيداً لا يعد عنها الا ما وجب عليها ، وان قال : خالعتك على ألف درهم فى ذمتك ، أو فى يديك ، وقالت : بل خالعتنى على ألف درهم فى ذمة زيد لى ، ففيه وجهان .

(أحدهما) أنهما يتحالفان لانهما اختلفا فى عين العوض فتحالفا كما لو قال خالعتك على هذه الدراهم فى هذا الكيس ، فقالت : بل على هذه التى فى الكيس الآخر ؛ والثانى : أنهما لا يتحالفان ، لأن الخلع على ما فى ذمة الغير لا يصح ، لأنه غير مقدور عليه ، فهو كما لو خالعها على بهيمتها الضاله ، أو عبدها الابق فعلى هذا يلزمها مهر مثلها ، والمذهب الأول ، لان بيع الدين فى الذمة من غير السلم والكتابة يصح فى أحد الوجهين ، وان قلنا : لا يصح ؟ فلم يتفقا على أنه خالعها عليه وانما هى تدعى ذلك ، والزوج ينكره فهو كما لو قالت : خالعنى على خمر أو خنزير فقال : بل على الدراهم أو الدنانير فإنهما يتحالفان فهذا مثله ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله :

كتاب الطلاق

يصح الطلاق من كل زوج بالغ عاقل مختار ، فأما غير الزوج فلا يصح طلاقه . وإن قال : إذا تزوجت إمرأة فهي طالق لم يصح لما روى المسور بن مخرمة « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك ، وأما الصبي فلا يصح طلاقه لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة عن الصبي حتى يبلغ ؛ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، فأما من لا يعقل فإنه ان لم يعقل بسبب يعذر فيه كالنائم والمجنون والمريض ومن شرب دواء للتداوي فزال عقله أو أكره على شرب الخمر حتى سكر ، لم يقع طلاقه ، لأنه نص في الخبر على النائم والمجنون وقسنا عليهما الباقين ، وإن لم يعقل بسبب لا يعذر فيه كمن شرب الخمر لغير عذر فسكر أو شرب دواء لغير حاجة فزال عقله ، فالمنصوص في السكران أنه يصح طلاقه .

وروى المزني أنه قال في القديم : لا يصح ظهاره ، والطلاق والظهار واحد فمن أصحابنا من قال : فيه قولان .

(أحدهما) لا يصح وهو اختيار المزني وأبي ثور ، لأنه زائل العقل فأشبه النائم ، أو مفقود الإرادة فأشبه المكره .

(والثاني) أنه يصح ، وهو الصحيح ، لما روى أبو وبرة الكلبي قال « أرسلني خالد بن الوليد إلى عمر رضي الله عنه فأتيته في المسجد ومعه عثمان وعلي وعبد الرحمن وطلحة والزبير رضي الله عنهم ، فقلت ان خالداً يقول : إن الناس قد انهمكوا في الخمر وتحاقروا العقوبة ، فقال عمر : هم هؤلاء عندك فسألهم ، فقال علي عليه السلام : تراه إذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ؛ وعلى المفترى ثمانون جلدة ، فقال عمر : أبلغ صاحبك ما قال ، فجعلوه كالصاحي » ومنهم من قال : يصح طلاقه قولا واحداً ، ولعل ما رواه المزني حكاه الشافعي رحمه الله عن غيره ، وفي علته ثلاثة أوجه .

أحدها — وهو قول أبي العباس — أن سكره لا يعلم إلا منه ، وهو متهم في دعوى السكر لفسقه ، فعلى هذا يقع الطلاق في الظاهر . ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل .

(والثاني) أنه يقع طلاقه تغليظاً عليه لمعصيته ، فعلى هذا يصح ما فيه تغليظ عليه كالطلاق والعتق والردة ، وما يوجب الحد ولا يصح ما فيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبات .

(والثالث) أنه لما كان سكره بمعصية أسقط حكمه فجعل كالصاحي ، فعلى هذا يصح منه الجميع ، وهذا هو الصحيح ، لان الشافعي رحمه الله نص على صحة رجعته

(الشرح) حديث المسور بن مخرمة في الزوائد إسناده حسن لان اسناده عند ابن ماجه حدثنا أحمد بن سعيد الدارمي ثنا علي بن الحسين بن واقد ثنا هشام بن سعد عن الزهري عن عروة عن المسور بن مخرمة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال « لا طلاق قبل نكاح ولا عتق قبل ملك » ففيه علي بن الحسين بن واقد مختلف فيه فقد قال الذهبي : صدوق .

وقال أبو حاتم : ضعيف الحديث ، وقال النسائي وغيره : ليس به بأس ، وذكره العقيلي وقال : مرجيء ، قال البخاري مات سنة احدى عشرة ومائتين . وكذلك هشام بن سعد هكذا في متن ابن ماجه طبعة المطبعة العلمية وعليه شرح أبي الحسن بن عبد الهادي الحنفي يقول : وهشام بن سعيد ضعيف وكلا الاسمين يطلقان على رجلين في كل منهما قيل كلام فهشام بن سعيد الطالقاني لقي ابن لهيعة وأبا شهاب الحناط وعنه أحمد بن حنبل وأحمد بن أبي خيثمة وجماعه . وثقه أحمد وكان ابن معين لا يروى عنه .

قال الذهبي ما أدري لاي شيء . وقال النسائي ليس به بأس . ووثقه ابن سعد وهشام بن سعد أبو عباد المدني مولى بني مخزوم يقال له يتيم زيد بن أسلم صحبه وأكثر عنه . وروى عن عمرو بن شعيب والمقبري ونافع . وعنه ابن وهب والقعنبي وجماعة كثيرة . قال أحمد لم يكن بالحافظ . وكان يحيى القطان لا يحدث عنه . وقال أحمد أيضا لم يكن من محكم الحديث . وقال ابن معين ليس بذلك القوى

وقال النسائى : ضعيف ، وقال مرة : ليس بالقوى . وقال ابن عدى : مع ضعفه يكتب حديثه إلى آخر ما قيل فى أنه أثبت الناس فى زيد بن أسلم وله مناكير كثيرة .

وأنا أخلص من هذا بأن كلا الرجلين قيل فيه كلام فأى الرجلين هو المعنىّ فى الرواية هل متن السنن أم حاشية ابن عبد الهادى ؟

إذا نظرنا فى زمن كل من الرجلين فنجد ابن سعيد وهو من شيوخ أحمد والذين تكلموا فى ضعفه قلة فهو مختلف فيه وزمنه يمكن أن يكون من طبقة تروى عن الزهرى ، فإذا عرفت أن الحفاظ قرروا أن هذا الحديث حسن عرفت أن الاسناد كان لا يكون حسناً لو أنه هشام بن سعد لكثرة ما أخذ عليه الحفاظ من مناكير فرجل مثله لا يكون حديثه حسناً من جهة إسناده ، ومن ثم تكون حاشية ابن عبد الهادى أضبط من متن السنن وأنه هشام بن سعيد ، وقد أخرج له مسلم فى الشواهد ، والحديث أخرجه أحمد وأهل السنن والبزار والبيهقى ، وقال هو أصح شيء فى هذا الباب وأشهر .

عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ، ولا عتق له فيما لا يملك ، ولا طلاق له فيما لا يملك » وقال الترمذى : حديث حسن وهو أحسن شيء روى فى هذا الباب .

وفى أبى داود : وقال فيه « ولا وفاء نذر إلا فيما يملك » ولابن ماجه فيه « لا طلاق فيما لا يملك » واختلف فى حديث المسور على الزهرى فروى عنه عن عروة عن المسور ، وروى عنه عن عروة عن عائشة ، وروى بمعنى هذا الحديث عن أبى بكر الصديق وأبى هريرة وأبى موسى الأشعرى وأبى سعيد الخدرى وعمران بن الحصين وغيرهم ، وفى مستدرك الحاكم عن جابر مرفوعا بلفظ « لا طلاق إلا بعد نكاح ، ولا عتق إلا بعد ملك » قال الحاكم : صحيح ، وأنا متعجب من الشيخين كيف أهملاه ، وقد صح على شرطهما من حديث ابن عمر وعائشة وابن عباس ومعاذ بن جبل وجابر اه .

وأما حديث « رفع القلم عن ثلاثة إلخ » فقد رواه على وعائشة رضى الله عنهما وأخرجه أبو داود والنسائى فى كتاب الحـدود من رواية على باسناد صحيح ، ورواه هما وابن ماجه فى كتاب الطـلاق من رواية عائشة : وقد كرره المصنف فى مواضع كثيرة من المهذب وقل أن يذكر راويه ، وقد أورده فى كتاب السير من رواية على كرم الله وجهه .

أما أثر أبي وبرة الكلبي فقد أخرجه الطبرى والطحاوى والبيهقى وفيه « أن رجلا من بنى كلب يقال له : ابن وبرة أخبره أن خالد بن الوليد بعثه إلى عمر ؛ وقال له : إن الناس قد انهمكوا فى الخمر واستخفوا العقوبة ، فقال عمر لمن حوله ما ترون فقال على » وذكر ما تقدم فى الفصل ، وأخرج نحوه عبد الرزاق عن عكرمة وسيأتى فى كتاب الحدود مزيد من الاستقصاء لرواته وطرقه والكلام على أحكامه هناك ان شاء الله .

أما اللغات : فإن طلق الرجل امرأته تطليقاً فهو مطلق ، فإن كثر تطليقه للنساء قيل : مطليق ومطلاق ، والاسم الطـلاق وطلقت هى من باب قتل وفى لغة من باب قرب فهى طالق بغير هاء . قال الأزهرى : وكلهم يقول بغير هاء . قال : وأما قول الأعشى :

أيا جارتنا بينى فإنك طـــالقه كذاك أمور الناس غاد وطارقه

فقال الليث أراد طالقة غدا ، وانما اجترأ عليه لأنه يقال : طلقت لحمل النعت على الفعل . وقال ابن فارس أيضاً : امرأة طالق طلقها زوجها ، وطالقة غداً ، فصرح بالفرق ، لأن الصفه غير واقعه ، وقال ابن الأنبارى اذا كان النعت منفرداً به الأنثى دون الذكر لم تدخله الهاء نحو طالق وطامث وحائض ، لأنه لا يحتاج الى فارق لاختصاص الأنثى به .

وقال الجوهرى يقال طالق وطالقه ، وأنشد بيت الأعشى ، وأجيب عنه بجوابين (أحدهما) ما تقـدم (والثانى) أن الهاء لضرورة التصريع على أنه معارض بما رواه ابن الأنبارى عن الأصمعى قال أنشدنى أعرابى من شق اليمامه البيت فإنك طالق من غير تصريع ، فتسقط الحجه به .

قال البصريون : إنما حذفت العلامة لأنه أريد النسب . والمعنى امرأة ذات طلاق وذات حيض ، أى هى موصوفة بذلك حقيقة ولم يجروه على الفعل . ويحكى عن سيبويه أن هذه نعوت مذكرة وصف بهن الإناث كما يوصف المذكر بالصفة المؤنثة نحو علاّمة ونسّابة ، وهى سماعى . وقال الفارابى : نعجة طالق بغير هاء إذا كانت مُخلاة ترعى وحدها ، فالتركيب يدل على الحل والانحلال . يقال : أطلقت الاسير إذا حللت اساره وخليت عنه فانطلق ، أى ذهب فى سبيله ، وأطلقت البينة إذا شهدت من غير تقييد بتاريخ ، وأطلقت الناقة من عقالها ، وناقة طلق بضمتين بلا قيد ، وناقة طالق أيضا مرسلة ترعى حيث شاءت ، وقد طلقت طلوقا من باب قعد اذا انحل وثاقها وأطلقتها الى الماء فطلقت ، والطلق بفتحتين جرى الفرس ، لا تحتبس الى الغاية فيقال عدا الفرس طلقا أو طلقين ، كما يقال شوطاً أو شوطين ، وتطلق الظبى مر لا يلوى على شىء . وطلقُ الوجه بالضم طلاقة ، ورجل طلق وطلق الوجه أى فرح ظاهر البشر ، وهو طليق الوجه قال أبو زيد « متهلل بسّام » وهو طلق اليدين بمعنى سخى ، وليلة طلقة ، اذا لم يكن فيها قر ولا حر ، وكله وزان فلس وشىء طلق ، وزان حمل أى حلال ، وافعل هذا طلقاً لك أى حلالا

ويقال الطلق المطلق الذى يتمكن صاحبه فيه من جميع التصرفات فيكون فعل بمعنى مفعول مثل الذبح بمعنى المذبوح ، وأعطيته من طلق مالى أى من حله أو من مطلقه وطلقت المرأة بالبناء للمفعول طلقا فهى مطلوقة اذا أخذها المخاض وهو وجع الولادة ، وطلق لسانه بالضم وطلوقة فهو طلق اللسان ، وطليقه أيضا ، أى فصيح عذب المنطق ، واستطلقت من صاحب الدين كذا فأطلقه ، واستطلق بطنه لازما ، وأطلق الدواء ، وفرس مطلق اليدين اذا خلا من التحجيل

أما قوله « انهمكوا فى الخمر » فانه يقال انهمك فلان فى الامر أى جد ولج . وكذلك تهمّك فى الامر . تحاقروا العقوبة استصغروها . والحقير الصغير . ومحقرات الذنوب صغارها .

قوله « اذا سكر هذى » يقال هذى فى منطقه يهذى ويهذو . وهذا هذيانا اذا كثر كلامه وقلّت فائدته . واذا هذى افترى أى كذب والافتراء والفرية الكذب

وأصله الخلق ، من فريت المزادة إذا خلقتها وصنعتها ، كأنه اختلاق الكذب أي صنعه وابتداؤه ، هكذا أفاده ابن بطال في شرح غريب المهذب والفيومي في غريب الشرح الكبير للرافعي المسمى بالمصباح المنير

أما الأحكام فإن الطلاق ملك للأزواج على زوجاتهم ، والاصل فيه الكتاب والسنة والإجماع . أما الكتاب فقوله « يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » وقوله تعالى « الطلاق مرتان » الاية . وأما السنة فروى أن النبي (ص) طلق حفصه بنت عمر ثم راجعها . وروى عن ابن عمر أنه قال كان تحتى امرأة أحبها وكان أبي يكرهها فأمرنى أن أطلقها ، فأتيت النبي (ص) فأخبرته فأمرنى أن أطلقها . وأجمعت الامة على جواز الطلاق . اذا ثبت هـذا فإن الطلاق لا يصح الا بعد النكاح . فأما اذا قال كل امرأة أتزوجها فهي طالق . أو اذا تزوجت امرأة من القبيلة الفلانية فهي طالق ، أو إذا تزوجت فلانة فهي طالق . أو قال لأجنبية اذا دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق ، فلا يتعلق بذلك حكم ، واذا تزوج لم يقع عليها الطلاق . وكذلك اذا عقد العتق قبل الملك ولا يصح . هذا مذهبنا وبه قال من الصحابة على بن أبي طالب وابن عباس وعائشة . ومن التابعين شريح وابن المسيب وسعيد بن جبير وعطاء وطاوس والحسن وعروة ، ومن الفقهاء احمد واسحاق ، الا أن أحمد له فى العتق روايتان .

وقال أبو حنيفه وأصحابه تنعقد الصفة فى عموم النساء وخصوصهن ، وكذلك إذا قال لامرأة أجنبيـة اذا دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق فتزوجها ودخلت الدار طلقت . وكذلك يقول فى عقد العتق قبل الملك مثله ، وحكى ذلك عن ابن مسعود ، وبه قال الزهرى .

وقال مالك : ان عين ذلك فى قبيلة بعينها أو امرأة بعينها انعقدت الصفة . وان عمم لم ينعقد . وبه قال النخعى وربيعة والاوزاعى وابن أبى ليلى

دليلنا ما رواه المسور بن مخرمة مرفوعا « لا طلاق قبل نكاح ، ولا عتق قبل ملك » ولأن من لم ينعقد طلاقه بالمعاشرة لم ينعقـد طلاقه بصفة كالمجنون والصغير .

(مسأله) ولا يصح طـلاق الصبي والنائم والمجنون . وقال أحمد فى إحدى الروايتين : اذا عقل الصبى الطلاق وقع . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم رفع القلم عن ثلاثه ، عن الصبي حتى يبلغ ؛ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، ولا يصح طلاق المعتوه ومن زال عقله بمرض أو بسبب مباح لما روى جابر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال كل الطلاق جائز الا طلاق المعتوه والصبي ولانه يلفظ بالطلاق ومعه علم ظـاهر يدل على قدر قصده بوجه هو معذور فيه فلم يقع طلاقه كالطفل .

(فرع) وان شرب خمراً أو نبيذاً فسكر فطلق فى حال سكره فالمنصوص أن طلاقه يقع . وحكى المزنى أنه قال فى القديم « فى ظهـار السكران قولان » فمن أصحابنا من قال . اذا ثبت هذا كان فى طلاقه أيضا قولان .

(أحدهما) لا يقع واليه ذهب ربيعة والليث وداود وأبو ثور والمزنى ، لانه زال عقله فأشبه المجنون .

(والثانى) يقع طلاقه لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى » فخاطبهم فى حال السكر فدل على أن السكران مكلف . وروى أن عمر رضى الله عنه استشار الصحابة رضى الله عنهم وقال ان الناس قد تباغوا فى شرب الخمر واستحقروا حد العقوبة فيه ، فما ترون ؟ فقال على انه اذا شرب سكر واذا سكر هذى ، واذا هذى افترى ، فحده حد المفترى ، فلولا أن لكلامه حكما لما زيد فى حده لأجل هذيانه . وقال أكثر أصحابنا : يقع طلاقه قولا واحداً لما ذكرناه من الآية والإجماع .

واختلف أصحابنا فى نيته فمنهم من قال : لان سكره لا يعلم الا من جهته وهو متهم فى دعوى السكر لفسقه ، فعلى هذا يقع الطـلاق فى الظـاهر وليس فيما بينه وبين الله تعالى .

ومنهم من قال يقع الطلاق تغليظا عليه ، فعلى هذا يقع منه كل مافيه تغليظ عليه كالطلاق والردة والعتق ، وما يوجب الحد ؛ ولا يقع مافيه تخفيف كالنكاح والرجعة وقبول الهبة ، ومنهم من قال لما كان سكره معصية سقط حكمه ، فجعل كالصاحى ، فصح منه الجميع .

قال العمرانى من أصحابنا : وهذا هو الصحيح ، فان شرب دواء أو شرابا غير الخمر والنبيذ فسكر — فان شربه لحاجة — فحكمه حكم المجنون ، وإن شربه ليغيب عقله ، فهو كالسكران بشرب الخمر ، لأنه زال عقله بمعصية فهو كمن شرب الخمر والنبيذ .

وقد استدل بعدم صحة إقرار السكران بقصة ماعز حين قال للنبى صلى الله عليه وسلم : أشرب خمراً ، فقام رجل فاستنكهه فلم يجد منه ريح خمر الخ الحديث ، وقد قاس صاحب المنتقى إقرار السكران على طلاقه حين ساق حديث ماعز فى كتاب الطلاق مع أن الحديث لا صلة له بالطلاق البتة ، وهو اجتهاد سليم وقد قال الشوكانى : وقد اختلف أهل العلم فى ذلك فأخرج ابن أبى شيبة بأسانيد صحيحة عدم وقوع طلاق السكران عن أبى الشعثاء وعطاء وطاوس وعكرمة والقاسم بن محمد وعمر بن عبد العزيز .

قال فى الفتح : وبه قال ربيعة والليث وإسحق والمزنى ، واختاره الطحاوى ، واحتج بأنهم أجمعوا على أن طلاق المعتوه لا يقع ، قال والسكران معتوه بسكره وقال بوقوعه طائفة من التابعين كسعيد بن المسيب والحسن وإبراهيم والزهرى والشعبى ، وبه قال الأوزاعى والثورى ومالك وأبو حنيفة .

قال : وعن الشافعى قولان المصحح منهما وقوعه ، والخلاف عند الحنابلة ، وقد حكى القول بالوقوع فى البحر عن على وابن عباس وابن عمر ومجاهد والضحاك وسليمان بن يسار وزيد بن على والهادى والمؤيد بالله ، وحكى القول بعدم الوقوع عن عثمان وجابر بن زيد ، ورواية عن ابن عباس والناصر وأبى طالب والبتى وداود بن على اه .

وقد ذكرنا احتجاج القائلين بالوقوع بمفهوم التكليف فى قوله تعالى (لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى) وقد أجيب بأن النهى فى الآية إنما هو عن أصل السكر الذى يلزم منه قربان الصلاة كذلك ؛ وقيل إنه نهى للثمل الذى يعقل الخطاب وأيضا قوله فى آخر الاية (حتى تعلموا ما تقولون) دليل على أن السكران يقول مالا يعلم ، ومن كان كذلك فكيف يكون مكلفا وهو غير فاهم ، والفهم شرط التكليف كما تقرر فى الأصول .

واحتجوا ثانيا بأنه عاص بفعله فلا يزول عنه الخطاب بالسكر ولا الإثم لأنه يؤمر بقضاء الصلوات وغيرها مما وجب عليه قبل وقوعه في السكر ، وأجاب الطحاوي بأنها لا تختلف أحكام فاقد العقل بين أن يكون ذهاب عقله بسبب من جهته أو من جهة غيره . إذ لا فرق بين من عجز عن القيام في الصلاة بسبب من الله أو من قبل نفسه ، كمن كسر رجل نفسه فإنه يسقط عنه فرض القيام . وتعقب بأن القيام انتقل إلى بدل وهو القعود فافترقا

وأجاب ابن المنذر عن الاحتجاج بقضاء الصلوات بأن النائم يجب عليه قضاء الصلاة ولا يقع طلاقه لأنه غير مكلف حال النوم بلا نزاع

واحتجوا ثالثاً بأن ربط الاحكام بأسبابها أصل من الاصول المأنوسة في الشريعة ، والتطليق سبب للطلاق فينبغي ترتيبه عليه وربطه به وعدم الاعتداد بالسكر كما في الجنايات . وأجيب بأن الاستفسار عن السبب للطلاق هل هو إيقاع لفظه مطلقا ؟ ان قلتم نعم لزمكم أن يقع من المجنون والنائم والسكران الذي لم يعص بسكره اذا وقع من أحدهم لفظ الطلاق . وإن قلتم إنه ايقاع اللفظ من العاقل الذي يفهم ما يقول فالسكران غير عاقل ولا فاهم ، فلا يكون ايقاع لفظ الطلاق منه سببا .

واحتجوا رابعا بأن الصحابة رضى الله عنهم جعلوه كالصاحي ، ويجاب بأن ذلك محل خلاف بين الصحابة كما بينا

واحتجوا خامسا بأن عدم وقوع الطلاق من السكران مخالف للمقاصد الشرعية لأنه اذا فعل حراما واحداً لزمه حكمه ، فإذا تضاعف جرمه بالسكر وفعل المحرم الاخر سقط عنه الحكم ، مثلا لو أنه ارتد بغير سكر لزمه حكم الردة فإذا جمع بين السكر والردة لم يلزمه حكم الردة لأجل السكر ويجاب بأنا لم نسقط عنه حكم المعصية الواقعة منه حال السكر لنفس فعله المحرم الاخر وهو السكر ، فإن ذلك مما لا يقول به عاقل ، وانما أسقطنا عنه حكم الصاحي فلم يكن فعله لمعصية الشرب هو المسقط .

ومن الادلة الدالة على عدم الوقوع ما في صحيح البخاري وغيره أن حمزة سكر وقال للنبي صلى الله عليه وسلم لما دخل عليه هو وعلى « وهل أنتم الا عبيد لأبي »

فى قصة الشارفين المشهورة ، فتركه صلى الله عليه وسلم وخرج ولم يلزمه حكم تلك الكلمة ، مع أنه لو قالها غير سكران لكان كفراً .

وأجيب بأن الخمر كانت اذ ذاك مباحة ، والخلاف انما هو بعد تحريمها . وحكى الحافظ فى فتح البارى عن ابن بطال أنه قال « الاصل فى السكران العقل ، والسكر شىء طرأ على عقله . فمهما وقع منه من كلام مفهوم فهو محمول على الاصل حتى يثبت فقدان عقله اه

وقال القائلون بعدم الوقوع « لا يقال ان ألفاظ الطلاق ليست من الاحكام التكليفية ، بل من الاحكام الوضعية ، وأحكام الوضع لا يشترط فيها التكليف لأنا نقول الاحكام الوضعية تقيد بالشروط كما تقيد الاحكام التكليفية . وأيضا السبب الوضعى هو طلاق العاقل لا مطلق الطلاق بالاتفاق . والا لزم وقوع طلاق المجنون . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما المكره فإنه ينظر فإن كان اكراهه بحق كالمولى اذا أكرهه الحاكم على الطلاق وقع طلاقه . لأنه قول حمل عليه بحق فصح كالحربى اذا أكره على الإسـلام . وان كان بغير حق لم يصح لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » ولانه قول حمل عليه بغير حق فلم يصح كالمسلم اذا أكره على كلمة الكفر . ولا يصير مكرها الا بثلاثة شروط

(أحدها) أن يكون المكره قاهراً له لا يقدر على دفعه

(والثانى) أن يغلب على ظنه أن الذى يخافه من جهته يقع به

(والثالث) أن يكون ما يهدده به مما يلحقه ضرر به كالقتل والقطع والضرب المبرح والحبس الطويل والاستخفاف بمن يغض منه ذلك من ذوى الاقدار لانه يصير مكرها بذلك .

وأما الضرب القليل فى حق من لا يبالى به والاستخفاف بمن لا يغض منه أو أخذ القليل من المال ممن لا يتبين عليه . أو الحبس القليل . فليس بإكراه .

وأما النفي فإن كان فيه تفريق بينه وبين الأهل فهو إكراه ، وإن لم يكن فيه تفريق بينه وبين الأهل ففيه وجهان

(أحدهما) أنه إكره لأنه جعل النفي عقوبة كالحد ، ولأنه تلحقه الوحشة بمفارقة الوطن (والثاني) ليس بإكراه لتساوى البلاد في حقه . وإذا أكره على الطلاق فنوى الايقاع ففيه وجهان

(أحدهما) لا يقع لأن اللفظ يسقط حكمه بالإكراه ، وبقيت النية من غير لفظ ، فلم يقع بها الطلاق .

(والثاني) انه يقع لأنه صار بالنية مختاراً

(فصل) وان قال الاعجمي لامرأته أنت طالق وهو لا يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق ، كما لو تكلم بكلمة الكفر وهو لا يعرف معناه ولم يرد موجبه : وان أراد موجبه بالعربية ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول الماوردى البصرى أنه يقع لأنه قصد موجبه فلزمه حكمه (والثاني) وهو قول الشيخ أبي حامد الاسفرايينى رحمه الله أنه لا يصح كما لا يصير كافراً إذا تكلم بكلمة الكفر وأراد موجبه بالعربية .

(الشرح) الحديث أخرجه ابن ماجه وابن حبان والدارقطني والطبراني والحاكم في المستدرك من حديث ابن عباس بهذا اللفظ الذي ساقه المصنف « رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه» وحسنه النووي: وقد أطال الحافظ ابن حجر في باب شروط الصلاة من التلخيص الحبير

أما الاحكام فإن أكره على الطلاق فطلق ـ فإن كان مكرهاً بحكم قضائي وقع الطلاق ، كما نقول في الحربي إذا أكره على كلمة التوحيد ، وان كان مكرهاً بغير حق ولم ينو إيقاع الطلاق فالمنصوص أنه لا يقع طلاقه وحكى المسعودي وابن الصباغ وجهاً آخر أنه لا يقع اذا ورى بغير الطلاق ، مثل أن يريد به طلاقها من وثاق أو يريد امرأة اسمها كاسم امرأته والمذهب الأول وبه قال عمر وعلي وابن الزبير وابن عمر وشريح والحسن وعمر بن عبد العزيز وعطاء ومجاهد وطاوس ومالك والأوزاعي .

وقال أبو حنيفة والثورى والنخعى والشعبى : يقع طلاقه . دليلنا ما روى ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » وروى عن عائشة رضى الله عنها « أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا طلاق ولا عتاق فى اغلاق » رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه وأبو يعلى والحاكم والبيهقى وصححه الحاكم ، والاغلاق بكسر الهمزة وسكون الغين فسره علماء الغريب بالاكراه ، روى ذلك فى التلخيص الحبير عن ابن قتيبة والخطابى وابن السيد وغيرهم ؛ وقيل : الجنون ، واستبعده المطرزى . وقال أبو عبيدة : الاغلاق التضييق .

وقد استدل بهذا الحديث من قال بعدم صحة طلاق المكره ، وبه قال جماعة من أهل العلم ، وحكى ذلك عمن ذكرناهم ، ولأنه قول حمل عليه بغير حق ، فلم يصح كما لو أكره على الاقرار بالطلاق ، وقولنا : بغير حق احتراز ممن أكرهه الحاكم على الطلاق .

إذا ثبت هذا : فلا يكون مكرهاً حتى يكون المكره له قاهراً له لا يقدر على الامتناع منه ، وإن غلب على ظنه أنه إذا لم يطلق فعل به ما أوعده به ، فإن أوعده بالقتل أو قطع طرف ، كان ذلك مكرها ، وان أوعده بالضرب أو الحبس أو الشتم أو أخذ المال ، فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو إسحاق : إن ذلك لا يقع به الاكراه . وقال عامة أصحابنا — وهو المذهب — ان أوعده بالضرب والحبس والشتم — فان كان المكره من ذوى الأقدار والمروءة ممن يؤثر ذلك تأثيراً بالغاً فى حاله كان اكراها له ، لأن ذلك يسيئه .

وان كان من العوام ، أو سخفاء الرعاع ، لم يكن ذلك اكراها فى حقه ، لأنه لا يبالى به ، وان أوعده بأخذه القليل من ماله مما لا يبين عليه ، لم يكن اكراها ، وان أوعده بأخذ ماله أو أكثره كان مكرها ، وان أوعده باتلاف الولد ، ففيه وجهان حكاهما المسعودى ، وان أوعده بالنفى عن البلد ، فان كان له أهل فى البلد كان ذلك اكراها ، وان لم يكن له أهل ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه اكراه لأنه يستوحش بمفارقة الوطن (والثانى) ليس باكراه لتساوى البلاد فى حقه هذا مذهبنا . وقال أحمد فى احدى الروايتين ما أوعده به فليس باكراه ، لأنه لم يصبه ما يستضر به ، وهذا ليس بصحيح ، لأن الاكراه لا يكون الا بالتوعد ، فأما مافعله به فلا يمكن ازالته .

(فرع) اذا أكره على الطلاق ونوى بقلبه من وثاق أو نوى غيرها ممن يشاركها فى الاسم وأخبر بذلك قبل منه لموضع الاكراه من القضيه ، فان نوى ايقاع الطلاق ، ففيه وجهان .

(أحدهما) يقع لأنه صار مختاراً لايقاعه (والثانى) لا يقع لأن حكم اللفظ سقط بالاكراه وتبقى النية ، والنية لا يقع بها الطلاق .

(فرع) ويقع الطلاق فى حال الرضى والغضب والجد والهزل ، لما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث جدهن جد ؛ وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » رواه أصحاب السنن . وقال الترمذى حسن غريب ورواه الحاكم وصححه . وفى اسناد الدارقطنى عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وهو مختلف فيه . قال الحافظ : فهو على هذا حسن . وقد أخرج الطبرانى وعبد الرزاق أحاديث أخرى بمعناه .

اذا ثبت هذا : فان الطلاق يقع من المسلم والكافر ، والحر والعبد والمكاتب لاجماع الأمة على ذلك ، فان تزوج امرأة فنسى أنه تزوجها فقال : أنت طالق ، وقع عليها الطلاق لأنه صادف ملكه .

(مسألة) قوله : فصل . وان قال الأعجمى لامرأته : أنت طالق الخ ، وهو كما قال ، فان العجمى اذا قال لامرأته : أنت طالق ولم يعرف معناه ولا نوى موجبه لم يقع الطلاق . كما لو تكلم بالكفر ولا يعرف معناه . وان نوى موجبه بالعربية ففيه وجهان .

(أحدهما) يقع عليها الطلاق لأنه نوى موجبه (والثانى) لا يقع كما لو تكلم بالكفر ولا يعلم معناه ونوى موجبه . أفاده العمرانى فى البيان اه

قلت : لأننا اذا جعلنا الحكم على النية وحدها كان الحكم باطلا واذا جعلناه على اللفظ وحده كان مثله ، واقترانهما لا يفيد التلازم بينهما لفقدان الفهم ،

واقترانهما لا يسوغ معه اعطاء حكمهما الا اذا اقترن اللفظ بالفهم . ومن ثم يتوجه الوجه الثانى عندى والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) ويملك الحر ثلاث تطليقات . لما روى أبو رزين الأسدى قال « جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : أرأيت قول الله عز وجل : الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ، فأين الثلاثة ؟ قال : تسريح بإحسان الثالثة ، ويملك العبد طلقتين لما روى الشافعى رحمه الله : أن مكاتبا لأم سلمة طلق إمرأته وهى حرة تطليقتين ، وأراد أن يراجعها فأمره أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يأتى عثمان رضى الله عنه فيسأله ، فذهب اليه فوجده آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما عن ذلك ؛ فابتدراه وقالا : حرمت عليك حرمت عليك » .

(فصل) ويقع الطلاق على أربعة أوجه واجب ومستحب ومحرم ومكروه فأما الواجب فهو فى حالتين (أحدهما) إذا وقع الشقاق ورأى الحكمان الطلاق ، وقد بيناه فى النشوز (والثانى) إذا آلى منها ولم يفيء اليها ونذكره فى الايلاء إن شاء الله تعالى .

وأما المستحب فهو فى حالتين : إحداها : إذا كان يقصر فى حقها فى العشرة أو فى غيرها ، فالمستحب أن يطلقها لقوله عز وجل « فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف » ولأنه إذا لم يطلقها فى هذه الحال لم يؤمن أن يفضى إلى الشقاق أو الى الفساد . والثانى أن لا تكون المرأة عفيفة فالمستحب أن يطلقها ، لما روى أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان امرأتى لا ترد يد لامس فقال النبي صلى الله عليه وسلم طلقها ، ولأنه لا يأمن أن تفسد عليه الفراش وتلحق به نسبا ليس منه .

(الشرح) حديث أبى رزين الأسدى . قال ابن أبى حاتم أخبرنا يونس بن عبد الأعلى قراءة أخبرنا ابن وهب ، أخبرنى سفيان الثورى حدثنى اسماعيل بن سميع قال : سمعت أبا رزين يقول « جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال

يا رسول الله أرأيت قول الله عز وجل : فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان أين الثالثة قال التسريح باحسان . ورواه عبد بن حميد فى تفسيره ولفظه : أخبرنا يزيد بن أبي حكيم عن سفيان عن اسماعيل بن سميع أن أبا رزين الاسدى يقول ، قال رجل يارسول الله أرأيت قول الله تعالى « الطلاق مرتان ، فأين الثالثة ؟ قال التسريح باحسان الثالثة» ورواه الامام أحمد أيضا ، وهكذا رواه سعيد بن منصور عن خالد بن عبد الله عن اسماعيل بن زكريا وأبى معاوية عن اسماعيل بن سميع عن أبى رزين به ، وكذا رواه ابن مردويه أيضا من طريق قيس بن الربيع عن اسماعيل بن سميع عن أبى رزين به مرسلا ، ورواه ابن مردويه أيضا من طريق عبد الواحد بن زياد عن اسماعيل بن سميع عن أنس بن مالك عن النبي (ص) فذكره ، ثم قال حدثنا عبد الله بن أحمد بن عبدالرحيم حدثنا أحمد بن يحيى حدثنا عبد الله بن جرير بن جبلة حدثنا ابن عائشة حدثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن أنس قال : جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ذكر الله الطلاق مرتين فأين الثالثة ؟ قال امساك بمعروف أو تسريح باحسان ، قال فى الدر المنثور وأخرجه البيهقى وابن المنذر والنحاس وأبو داود فى ناسخه ومنسوخه وابن جرير ووكيع وعبد الرزاق

قلت وأبو رزين هذا هو مسعود بن مالك الاسدى الكوفى ثقة فاضل من الطبقة الثانية مات سنة خمس وثمانين وهو غير أبى رزين عبيد الذى قتله ابن زياد بالبصرة ووهم من خلط بينهما ، وهو أيضا غير أبي رزين الذى ترجم له ابن عبد البر فى الاستيعاب بقوله والد عبد الله بن أبى رزين الذى لم يرو عنه غير ابنه حديثه فى الصيد يتوارى ، وهما مجهولان

أما حديث مكاتب أم سلمة فقد رواه الشافعى فى الام ، أخبر مالك قال وحدثنى ابن شهاب عن ابن المسيب أن نفيعاً مكاتبا لأم سلمة زوج النبي (ص) طلق امرأته حرة تطليقتين فاستفتى عثمان بن عفان فقال له عثمان حرمت عليك وأخرجه الشافعى أيضا عن مالك ، حدثنى عبد ربه بن سعيد عن محمد بن ابراهيم ابن الحرث أن نفيعاً مكاتبا لأم سلمة استفتى زيد بن ثابت فقال انى طلقت امرأة لى

حرة تطليقتين ، فقال زيد حرمت عليك . وأخرجه أيضا عن مالك ، حدثني أبو الزناد عن سليمان بن يسار أن نفيعاً مكاتبا لأم سلمة أو عبداً كان تحته امرأة حرة فطلقها اثنتين ثم أراد أن يراجعها ، فأمره أزواج النبي صلى الله عليه وسلم أن يأتي عثمان بن عفان فيسأله عن ذلك فذهب اليه فلقيه عند الدرج آخذاً بيد زيد بن ثابت فسألهما فابتدراه جميعا فقالا : حرمت عليك اه

قلت : ويعارضه ما روى عن عمر بن معتب « أن أبا حسن بنى نوفل أخبره أنه استفتى ابن عباس فى مملوك تحته أمة فطلقها تطليقتين ثم عتقا ، هل يصلح له أن يخطبها . قال نعم . قضى بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم » رواه النسائى وابن ماجه وأبو داود ، إلا أن عمر بن معتب قال فيه على بن المدينى انه منكر الحديث وسئل عنه أيضا فقال انه مجهول لم يرو عنه غير يحيى بن أبى كثير . وقال النسائى ليس بالقوى . وقال الامير أبو نصر : منكر الحديث . وقال الذهبي لا يعرف . ومعتب بضم الميم وفتح العين وتشديد المثناة ، وقد استدل بهذا الحديث من قال ان العبد يملك من الطلاق ما يملكه الحر من ثلاث تطليقات

وقال أبو حنيفة « انه لا يملك فى الأمة الا اثنتين أما فى الحرة فكالحر » واستدلوا بحديث ابن مسعود « الطلاق بالرجال والعدة بالنساء » عند الدارقطنى والبيهقى وأجيب بأنه موقوف

قالوا . أخرج الدارقطنى والبيهقى أيضا عن ابن عباس نحوه ، وأجيب بأنه موقوف أيضا . وكذلك روى نحوه أحمد من حديث على ، وهو أيضا موقوف . وقد أخرج ابن ماجه والدارقطنى من حديث ابن عمر مرفوعا « طلاق الأمة اثنتان وعدتها حيضتان »

وأجيب بأن فى إسناده عمر بن شبيب وعطيه العوفى وهما ضعيفان . وقال الدارقطنى والبيهقى الصحيح أنه موقوف ، ولكن فى السنن نحوه من حديث عائشة واعترض بأن فى إسناده مظاهر بن أسلم .

قال الترمذى حديث عائشه هذا حديث غريب لا نعرفه مرفوعا الا من حديث مظاهر بن أسلم ، ومظاهر لا يعرف له فى العلم غير هذا الحديث .

والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم . وهو قول سفيان والشافعي وإسحاق اهـ

وقال العمراني : عدد الطلاق معتبر بالرجال دون النساء فيملك الحر ثلاث تطليقات ، سواء كانت زوجته حرة أو أمة ، ولا يملك العبد إلا طلقتين سواء كانت زوجته حرة أو أمة . وبه قال ابن عمر وابن عباس . ومن الفقهاء مالك وأحمد . وقال أبو حنيفة والثوري : عدد الطلاق معتبر بالنساء ، فإن كانت الزوجة حرة ملك زوجها عليها ثلاث تطليقات ، سواء كان حراً أو عبداً . وإن كانت أمة لم يملك عليها إلا طلقتين ، سواء كان حراً أو عبداً ، وبه قال على ابن ابي طالب . اهـ

دليلنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت « كان الرجل يطلق امرأته فى صدر الاسلام ما شاء أن يطلقها وهى امرأته إذا ارتجعها وهى فى العدة . وإن طلقها مائة وأكثر حتى قال رجل لامرأته : والله لا أطلقك فتبيني منى ولا آويك أبداً ، قالت وكيف ذلك ؟ قال أطلقك فكلما همت عدتك أن تنقضى راجعتك ، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها ، فسكتت عائشة حتى جاء النبي صلى الله عليه وسلم فأخبرته ، فسكت النبي صلى الله عليه وسلم حتى نزل القرآن : الطلاق مرتان ، فامساك بمعروف أو تسريح باحسان . قالت عائشة فاستأنف الناس الطلاق مستقبلا من كان طلق ومن لم يكن طلق » رواه الترمذى ورواه أيضاً عن عروة مرسلا ، وذكر أنه أصح ؛ والمرفوع من طريق قتيبة عن يعلى بن شبيب عن هشام بن عروة عن أبيه عنها ، والمرسل من طريق أبى كريب عن عبد الله بن ادريس عن هشام عن عروة ولم يذكر عائشه . وحديث الرجل الذى سأل النبي صلى الله عليه وسلم : أين الثالثه ؟ فقال تسريح باحسان . وقد مضى كلامنا عليه

وهذه الايه إنما وردت فى الحر لقوله تعالى « ولا يحل لكم أن تأخذوا مما آتيتموهن شيئا الا أن يخافا أن لا يقيما حدود الله ، فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به » فأحل الله تعالى الاخذ له ، والذى أحل له الاخذ هو الحر دون المولى ، ولم يفرق بين أن تكون الزوجه حرة أو أمة

فان قيل : الأمة تفتدى ، قلنا الامة لا تفتدى فان افتدت باذن سيدها كان ذلك مما فى يدها أو كسبها ، والا كان ذلك فى ذمتها .

(فرع) إذا طلق الذمى الحر امرأته طلقة فنقض الأمان ولحق بدار الحرب فسبي واسترق ثم تزوج زوجته التى طلقها باذن سيدها

قال ابن الحداد : لم يملك عليها أكثر من طلقة واحدة ، لأن النكاح الثانى يبنى على الأول فى عدد الطلقات ، وان طلقها طلقتين ونقض الامان ولحق بدار الحرب فسبي واسترق ثم تزوجها باذن سيده كانت عنده على واحدة ، لأن الطلقتين الاولتين لم يحرماها عليه ، فلم يتعين الحكم بالرق عليه الطارىء بعده ، كذلك إذا طلق العبد امرأته طلقة فأعتق ثم تزوجها ملك عليها تمام الثلاث وهو طلقتان ، لأن الطلقة الأولى لم تحرمها عليه

ولو طلق العبد امرأته طلقتين ثم أعتق العبد لم يجز له أن يتزوجها قبل زوج آخر لأنها حرمت عليه بالطلقتين الاولتين فلا يتعين الحكم بالعتق الطارىء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما المحرم فهو طلاق البدعة وهو اثنان

(أحدهما) طلاق المدخول بها فى حال الحيض من غير حمل

(والثانى) طلاق من يجوز أن تحبل فى الطهر الذى جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل .

والدليل عليه ما روى عن ابن عمر رضى الله عنه أنه طلق امرأته وهى حائض ، فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض عنده مرة أخرى ، ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض عنده أخرى ، ثم يمسكها حتى تطهر من حيضها ، فاذا أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها ، فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن يطلق لها النساء ، ولأنه إذا طلقها فى الحيض أضر بها فى تطويل العدة ، وإذا طلقها فى الطهر الذى جامعها فيه قبل أن يستبين الحمل لم يأمن أن تكون حاملا فيندم على مفارقتها مع الولد ،

ولأنه لا يعلم هل علقت بالوطء فتكون عدتها بالحمل ، أو لم تعلق فتكون عدتها بالأقراء . وأما طلاق غير المدخول بها فى الحيض فليس بطلاق بدعة ، لأنه لا يوجد تطويل العدة .

فأما طلاقها فى الحيض وهى حامل على القول الذى يقول ان الحامل تحيض فليس ببدعة .

وقال أبو إسحاق هو بدعة لأنه طلاق فى الحيض . والمذهب الأول ، لما روى سالم أن ابن عمر رضى الله عنه « طلق امرأته وهى حائض ، فذكر عمر للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : مره فليراجعها ثم ليطلقها وهى طاهر أو حامل » ولأن الحامل تعتد بالحمل فلا يؤثر الحيض فى تطويل عدتها

وأما طلاق من لا تحمل فى الطهر المجامع فيه وهى الصغيرة والآيسة من الحيض فليس ببدعة لأن تحريم الطلاق للندم على الولد أو للريبة بما تعتد به من الحمل . والاقراء . وهذا لا يوجد فى حق الصغيرة والآيسة

وأما طلاقها بعدما استبان حملها فليس ببدعة ، لأن المنع للندم على الولد وقد علم بالولد أو للارتياب بما تعتد به وقد زال ذلك بالحمل

وإن طلقها فى الحيض أو الطهر الذى جامع فيه وقع الطلاق ، لأن ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض ، فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يراجعها فدل على أن الطلاق وقع . والمستحب أن يراجعها لحديث ابن عمر رضى الله عنه ولأنه بالرجعة يزول المعنى الذى لأجله حرم الطلاق ، وان لم يراجعها جاز لأن الرجعة إما أن تكون كابتداء النكاح أو كالبقاء على النكاح ، ولا يجب واحد منهما

• • •

(فصل) وأما المكروه فهو الطلاق من غير سنة ولا بدعة ، والدليل عليه ما روى محارب بن دثار رضى الله عنه « أن النبى (ص) قال : أبغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق » وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : انما المرأة خلقت من ضلع ، لن تستقيم لك على طريقة ، فان استمتعت بها استمتعت وبها عوج ، وان ذهبت تقيمها كسرتها وكسرها طلاقها ،

(الشرح) حديث ابن عمر رواه أحمد فى مسنده ومسلم وأصحاب السنن الأربعة بلفظ « أنه طلق إمرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى صلى الله عليه وسلم فقال : مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » وفى رواية « أنه طلق إمرأة له وهى حائض فذكر ذلك عمر للنبى (ص) فتغيظ فيه رسول الله (ص) ثم قال ليراجعها ثم يمسكها حتى تطهر ، ثم تحيض فتطهر ، فإن بدا له أن يطلقها فليطلقها قبل أن يمسها ، فتلك العدة كما أمر الله تعالى » وفى لفظ « فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » رواه أحمد والبخارى ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذى ولمسلم والنسائى نحوه وفى آخره « قال ابن عمر : وقرأ النبى صلى الله عليه وسلم يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن فى قبل عدتهن » وفى رواية لأحمد والشيخين « وكان عبد الله طلق تطليقة فحسبت من طلاقها » وفى رواية عند أحمد ومسلم والنسائى « كان ابن عمر إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم : أما إن طلقت إمرأتك مرة أو مرتين فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى بهذا ، وان كنت طلقت ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غيرك ، وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق إمرأتك » .

وفى رواية عند الدارقطنى وفيه تنبيه على تحريم الوطء والطلاق قبل الغسل « أنه طلق إمرأته وهى حائض تطليقة ، فانطلق عمر فأخبر النبى (ص) فقال له النبى صلى الله عليه وسلم : مر عبد الله فليراجعها ، فإذا اغتسلت فليتركها حتى تحيض ، فاذا اغتسلت من حيضتها الأخرى فلا يمسها حتى يطلقها ، وإن شاء أن يمسكها فليمسكها ، فانها العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء » .

أما بعد — فان قوله (البدعة) فهى الحدث بعد الاكمال ، وابتدع الشىء أحدثه وابتداه فهو مبتدع . وقوله « طلق إمرأته » اسمها آمنة بنت غفار هكذا حكاه النووى وابن باطش ، وفى مسند أحمد أن اسمها النوار . وقوله (فذكر ذلك عمر) قال ابن العربى : سؤال عمر محتمل لأن يكون ذلك لكونهم لم يروا قبلها مثلها فسأله ليعلم .

ويحتمل أن يكون لما رأى فى القرآن (فطلقوهن لعدتهن) ويحتمل أن يكون سمع من النبى صلى الله عليه وسلم النهى لجاء ليسأل عن الحكم بعد ذلك . وقوله : (مره فليراجعها) .

قال ابن دقيق العيد : يتعلق بذلك مسألة أصولية وهى أن الأمر بالأمر بالشىء هل هو أمر بذلك الشىء أو لا ؟ فان النبى صلى الله عليه وسلم قال لعمر: مره ، والمسئلة معروفة فى كتب الأصول والخلاف فيها مشهور . وفى لفظ لأبى داود وأحمد والنسائى عن ابن عمر أيضاً « أنه طلق إمرأته وهى حائض ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرها شيئاً ، وقال : إذا طهرت فليطلق أو ليمسك » .

وقد تضمن الحكم بموجب هذه الأخبار أن الطلاق على أربعة أوجه ، حلالان وحرامان ، فالحلالان أن يطلق إمرأته طاهراً من غير جماع أو يطلقها حاملا مستبيناً حملها . والحرامان أن يطلقها وهى حائض أو يطلقها فى طهر جامعها فيه هذا فى طلاق المدخول بها ، أما من لم يدخل بها فيجوز طلاقها حايضاً وطاهراً كما قال تعالى « لا جناح عليكم إن طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة » .

وقال ابن القيم فى زاد المعاد تضمنت النصوص أن المطلقة نوعان ، مدخول بها وغير مدخول بها ، وكلاهما لا يجوز تطليقها ثلاثا مجموعة ، ويجوز تطليق غير المدخول بها طاهراً وحائضا ، وأما المدخول بها فان كانت حائضا أو نفساء حرم طلاقها ، وإن كانت طاهراً ، فان كانت مستبينة الحمل جاز طلاقها بعد الوطء وقبله ، وان كانت حائلا لم يجز طلاقها بعد الوطء فى طهر الاصابة ، ويجوز قبله هذا الذى شرعه الله على لسان رسوله من الطلاق .

وأجمع المسلمون على وقوع الطلاق الذى أذن الله فيه وأباحه إذا كان من مكلف مختار عالم بمدلول اللفظ قاصد له ، واختلفوا فى وقوع المحرم من ذلك وفيه مسألتان .

(الأولى) الطلاق فى الحيض أو فى الطهر الذى واقعها فيه .

(المسألة الثانية) فى جمع الثلاث ، ثم ذكر المسألتين تفصيلا ورأى كل جماعة

من العلماء ودليل كل فريق منهم مما أثبتناه فى مظانه ومواطنه من شرح المهذب ، فإذا ثبت هذا : فإن الطلاق يقع على كل زوجة كبيرة كانت أو صغيرة عاقلة كانت أو مجنونة ، مدخول بها كانت أو غير مدخول بها لعموم الاية والإجماع وينقسم الطلاق على أربعة أضرب ، واجب ومستحب ومكروه ومحرم ، فأما الواجب فهو طلاق الحكمين عند شقاق الزوجين — إذا قلنا : إنهما حكمان — وكذلك طلاق المؤلى إذا انقضت مدة الإيلاء وامتنع من الفيء على ما سيأتى فى الايلاء

وأما المستحب فأن تقع الخصومة بين الزوجين وخافا أن لا يقيما حدود الله ، فيستحب له أن يطلقها ، لما روى أن رجلا قال : يا رسول الله إن امرأتى لا ترد يد لامس فقال : طلقها ، فقال : إنى أحبها ، قال : أمسكها .

وأما المكروه فأن تكون الحال بينهما مستقيمة ولا يكره شيئا من خلقها ولا دينها ، فيكره أن يطلقها ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أبغض الحلال إلى الله الطلاق . وأما المحرم فهو طلاق المرأة المدخول بها فى الحيض أو فى الطهر الذى جامعها فيه قبل أن يتبين حملها ، ويسمى طلاق البدعة ، لقوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » أى لوقت عدتهن ، ووقت العدة هو الطهر ، كما روينا أن ابن عمر طلق امرأته وهى حائض فسأل عمر النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، فإن أراد أن يطلقها فليطلقها حين تطهر قبل أن يجامعها ، فتلك العدة التى أمر الله أن تطلق لها النساء .

وفى رواية « مره فليراجعها ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا » ولأنه إذا طلقها فى حال الحيض أضر بها فى تطويل العدة ، وإذا طلقها فى حال الطهر الذى جامعها فيه قبل أن يتبين حملها ربما كانت حاملا فيندم على مفارقتها — فان كانت غير مدخول بها وطلقها فى الحيض — لم يكن طلاق بدعة لأنه لا عدة عليها ، وإن طلق الصغيرة أو الآيسة فى الطهر الذى جامعها فيه لم يكن طلاق بدعة : لأنها لا تحبل فيندم على مفارقتها ، وإن طلقها وهى حامل فى الطهر الذى جامعها فيه لم يكن طلاق بدعة لقوله صلى الله عليه فليطلقها طاهراً أو حاملا . فان رأت الدم على الحمل — فان قلنا : إنه ليس بحيض — فليس بطلاق بدعه ، وإن قلنا : إنه

حيض ، فيه وجهان . قال أبو إسحاق : هو طلاق بدعة ، لأنه طلقها على الحيض والثانى ـ وهو المذهب ـ أنه ليس بطلاق بدعى لقوله صلى الله عليه وسلم : فليطلقها طاهراً أو حاملا ، ولم يفرق .

إذا ثبت هذا : فان خالف وطلقها فى الحيض أو الطهر الذى جامعها فيه وقع عليها الطلاق ، وبه قال أهـل العلم كافة . وذهب ابن علية وهشام بن الحكم وبعض أهل الظاهر والشيعة والقاضى أحمد شاكر من المشتغلين بمراجعة الكتب فى عصرنا رحمه الله إلى أن الطـلاق لا يقع . ويرد عليهم برواية متفق عليها فى الصحيحين فى حديث طلاق ابن عمر « فحسبت من طلاقها » ، وفى رواية عند أحمد ومسلم والشافعى « كان ابن عمر إذا سئل عن ذلك قال لأحدهم ان طلقت إمرأتك مرة او مرتين فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى بهذا ، وإن كنت طلقت ثلاثا فقد حرمت عليك حتى تنكح زوجا غـيرك ، وعصيت الله عز وجل فيما أمرك به من طلاق امرأتك » .

وفى رواية للبخارى « فحسبت علىّ بتطليقة » ، وأخرجه أبو نعيم كذلك ، وزاد ـ يعنى حين طلق امرأته ـ فسأل عمر النبى صلى الله عليه وسلم ، وقد ذهب الجمهور الى وقوع الطلاق البدعى ، وأما القائلون بعدم الوقوع كالباقر والصادق وابن حزم وحكاه الخطابى عن الروافض والخوارج ، وحكاه ابن العربى وغـيره عن ابن علية وهو من فقهاء المعتزلة .

قال ابن عبد البر : لا يخالف فى ذلك الا أهل البدع والضلال ، قال : وروى مثله عن بعض التابعين وهو شذوذ . وقد أجاب ابن حزم عن قول ابن عمر بأنه لم يصرح بمن حسبها عليه ، ولا حجة فى أحد دون رسول الله صلى الله عليه وسلم وتعقب بأنه مثل قول الصحابة أمرنا فى عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بكذا فانه فى حكم المرفوع الى النبى (ص) .

قال الحافظ ابن حجر : وعندى أنه لا ينبغى أن يجىء فيه الخلاف الذى فيه قول الصحابى أمرنا بكذا ، فان ذلك محله حيث يكون اطلاع النبى (ص) على ذلك ليس صريحا ، وليس كذلك فى قصة ابن عمر هذه فان النبى صلى الله عليه وسلم

هو الأمر بالمراجعة ، وهو المرشد لابن عمر فيما يفعل إذا أراد طلاقها بعد ذلك وإذا أخبر ابن عمر أن الذى وقع منه حسب عليه بتطليقة كان احتمال أن يكون الذى حسبها عليه غير النبى صلى الله عليه وسلم بعيداً جداً مع احتفاف القرائن فى هذه القصة بذلك ، وكيف يتخيل أن ابن عمر يفعل شيئاً فى القصة برأيه ـ وهو ينقل أن النبى صلى الله عليه وسلم تغيظ من صنعه ، حيث لم يشاور فيما يفعل فى القصة المذكورة .

واستدل الجمهور بما أخرجه الدارقطنى عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « هى واحدة » قال فى الفتح : وهذا نص فى محل النزاع يجب المصير اليه وقد أورده بعض العلماء على ابن حزم فأجابه بأن قوله « هى واحدة » لعله ليس من كلام النبى صلى الله عليه وسلم ، فألزمه بأنه نقض أصله ، لأن الأصل لا يدفع بالاحتمال . وقد أجاب ابن القيم عن هذا الحديث بأنه لا يدرى أقاله ـ يعنى قوله هى واحدة ـ ابن وهب من عنده أم ابن أبى دئب أم نافع ، فلا يجوز أن يضاف إلى رسول الله (ص) مالا يتيقن أنه من كلامه .

قال الشوكانى : ولا يخفى أن هذا التجويز لا يدفع الظاهر المتبادر من الرفع ، ولو فتحنا باب دفع الأدلة بمثل هذا ما سلم لنا حديث . فالأولى فى الجواب المعارضة ، ومن حجج الجمهور ما أخرجه الدارقطنى أيضاً « أن عمر قال يارسول الله أفتحتسب بتلك التطليقة ؟ قال : نعم » ورجاله إلى شعبة ثقات كما قال الحافظ ابن حجر وشعبة رواه عن أنس بن سيرين عن ابن عمر .

واحتج الجمهور أيضاً بقوله صلى الله عليه وسلم « مره فليراجعها » فإن الرجعة لا تكون إلا بعد طلاق . وقد أجاب ابن القيم عن ذلك بأن الرجعة قد وقعت فى كلام رسول الله (ص) على ثلاثة معان .

(أحدها) بمعنى النكاح ، قال الله تعالى « فإن طلقها فلا جناح عليهما أن يتراجعا » ولا خلاف بين أحد من أهل العلم أن المطلق ههنا هو الزوج الثانى ، وأن التراجع بينها وبين الزوج الأول ، وذلك كابتداء النكاح .

(وثانيها) الرد الحسن إلى الحالة الأولى التى كانت عليها أولا ، كقوله

صلى الله عليه وسلم لأبي النعمان بن بشير لما أنحل ابنه غلاماً خصه به دون ولده « ارجعه » أي رده ، فهذا رد ما لم تصح فيه الهبه الجائزة

والثالث: الرجعة التي تكون بعد الطلاق ، ولا يخفى أن الاحتمال يوجب سقوط الاستدلال ، ولكنه يؤيد حمل الرجعة هنا على الرجعة بعد الطلاق ما أخرجه الدارقطني عن ابن عمر « أن رجلا قال : اني طلقت امرأتي البتة وهي حائض فقال عصيت ربك وفارقت امرأتك . قال فان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر ابن عمر أن يراجع امرأته ؟ قال انه أمر ابن عمر ان يراجعها بطلاق بقي له . وأنت لم تبق ما ترتجع به امرأتك »

قال ابن حجر : وفي هذا السياق رد على من حمل الرجعة في قصة ابن عمر على المعنى اللغوي .

ومن جملة ما احتج به القائلون بعدم الوقوع أثر ابن عباس « الطلاق على أربعة أوجه ، وجهان حلال ووجهان حرام . فأما اللذان هما حلال فان يطلق الرجل امرأته طاهراً من غير جماع ، أو يطلقها حاملا مستبينا حملها ، وأما اللذان هما حرام فأن يطلقها حائضا أو يطلقها عند الجماع لا يدري اشتمل الرحم على ولد أم لا » رواه الدارقطني

ولا دليل فيه على عدم الوقوع ، بل ان اقتران الوقوع بالحرمة أدعى للتغليظ عليه ، ثم إنه قول غير مرفوع ، ومع عدم الرفع فنحن لا نرى فيه حجة لهم .
ومن جملة ما احتج به القائلون بعدم وقوع الطلاق البدعي ما اخرجه احمد وابو داود والنسائي عن ابن عمر بلفظ « طلق عبد الله بن عمر امرأته وهي حائض قال عبد الله : فردها عليّ رسول الله (ص) ولم يرها شيئا » قال الحافظ ابن حجر : وإسناد هذه الزيادة على شرط الصحيح ، وهذا الحديث رواه ابو داود عن احمد بن صالح عن عبد الرزاق عن ابن جريج قال : اخبرني ابو الزبير « انه سمع عبد الرحمن بن ايمن مولى عزة يسأل ابن عمر كيف ترى في رجل طلق امرأته حائضا ؟ فقال ابن عمر ، طلق ابن عمر امرأته حائضا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر عن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان عبد الله — الى أن قال — فردها عليّ ولم يرها شيئا » وقد أخرجه أحمد

عن روح ابن عبادة عن ابن جريج فلم يتفرد به عبد الرزاق عن ابن جريج ولكنه قد أعل هذا الحديث بمخالفة أبي الزبير لسائر الحفاظ .

وقال ابن عبد البر : قوله « ولم يرها شيئا » منكر ، ولم يقله غير أبي الزبير ، وليس بحجة فيما خالفه فيه مثله ، فكيف إذا خالفه من هو أوثق منه ، ولو صح فمعناه عندي ـ والله أعلم ـ ولم يرها شيئا مستقيما ، لكونها لم تكن عن السنة ، وقال الخطابي : قال أهل الحديث لم يقل أبو الزبير حديثا أنكر من هذا ، وقد يحتمل أن يكون معناه ولم يرها شيئا تحرم معه المراجعة ، أو لم يرها شيئا جائزاً في السنة ماضياً في الاختيار . وقد حكى البيهقي عن الشافعي نحو ذلك

ويمكن أن يجاب بأن أبا الزبير غير مدفوع في الحفظ والعدالة ، وإنما يخشى من تدليسه ، فإذا قال سمعت أو حدثني زال ذلك ، وقد صرح هنا بالسماع ، وليس في الأحاديث الصحيحة مايخالف حديث أبي الزبير حتى يصار الى الترجيح ويقال قد خالفه الأكثر ، بل غاية ما هناك الأمر بالمراجعة على فرض استلزامه لوقوع الطلاق .

قالوا ويؤيد رواية أبي الزبير ما أخرجه سعيد بن منصور من طريق عبد الله ابن مالك عن ابن عمر أنه طلق امرأته وهي حائض ، فقال رسول الله (ص) ليس ذلك بشيء .

وقد روى ابن حزم في المحلى بسنده المتصل إلى ابن عمر من طريق عبد الوهاب الثقفي عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أنه قال في الرجل يطلق امرأته وهي حائض : لا يعتد بذلك . وهذا إسناد صحيح . وروى ابن عبد البر عن الشعبي أنه قال : إذا طلق امرأته وهي حائض لم يعتد بها في قول ابن عمر . وقد روى زيادة أبي الزبير الحميدي في الجمع بين الصحيحين ، وقد التزم أن لا يذكر فيه إلا ما كان صحيحاً على شرطهما .

وقال ابن عبد البر في التمهيد : إنه تابع أبا الزبير على ذلك أربعة : عبد الله ابن عمر ، ومحمد بن عبد العزيز بن أبي رواد ، ويحيي بن سليم ، وابراهيم بن أبي حسنه ، ولا شك أن الصيرورة إلى الجمع ، وهو ممكن بما ذكره ابن عبد البر

من تأويله لمنى « ولم يرها شيئا » وكذلك الخطابى وغيره ممن ذكرنا أفضل وأحرى من الترجيح المتعذر . قال ابن حجر وهو متعين — يعنى الجمع — وهو أولى من تغليط بعض الثقات .

وذهب القائلون بعدم الوقوع إلى الاستدلال بقوله تعالى « يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن » والمطلق فى حال الحيض أو الطهر الذى وطىء فيه لم يطلق بتلك العدة التى أمر الله بتطليق النساء لها كما صرح بذلك فى الحديث المذكور . وقد تقرر فى الأصول أن الأمر بالشىء نهى عن ضده ؛ والمنهى عنه نهياً لذاته أو لجزئه أو لوصفه اللازم يقتضى الفساد ، والفساد لا يثبت حكمه .

ومنها قوله تعالى « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » وليس أقبح من التسريح الذى حرمه الله ومنها قوله تعالى «الطلاق مرتان» ولم يرد إلا المأذون فيه، فدل على أن ما عداه ليس بطلاق لما فى هذا التركيب من الحصر ، أعنى تعريف المسند اليه باللام الجنسية .

قلت . وهذه كلها أدلة احتمالية وليست قاطعة حاسمة فى موطن النزاع ، وكما قلنا الجمع أحرى بأهل الاحتياط .

وحديث محارب بن دثار يؤخذ على المصنف روايته هكذا بالإرسال ، لأن محارب بن دثار من الطبقة الرابعة من التابعين وهو من علماء الكوفة وشهد بيعة معاوية وكان معه ، ولعل المصنف عول على ترجيح أبى حاتم والدارقطنى والبيهقى الإرسال . وقد رويناه فى سنن أبى داود وابن ماجه والحاكم وصححه عن ابن عمر ، وفى الرواية المتصلة يحيى بن سليم وفيه مقال ، والرواية المرسلة فى إسنادها عبد الله بن الوليد الوصافى ، وهو ضعيف ، ولكنه قد تابعه معرف بن الواصل . ولفظ هذه الروايات كلها « أبغض الحلال الى الله عز وجل الطلاق » ورواه الدارقطنى عن معاذ بلفظ « ما خلق الله شيئاً أبغض اليه من الطلاق » قال الحافظ بن حجر واسناده ضعيف ومنقطع ، وأخرج ابن ماجه وابن حبان من حديث أبى موسى مرفوعا « ما بال أحدكم يلعب بحدود الله يقول قد طلقت قد راجعت » وحديث أبى هريرة متفق عليه عند البخارى وأحمد ومسلم

والحديث الأول فيه دليل على ان ليس كل حلال محبوباً ، بل ينقسم الى ماهو

محبوب وإلى ما هو مبغوض ، وقد مضى كلامنا على المكروه . وقوله «من ضلع» بكسر الضاد وفتح اللام وتسكن قليلا ، والأكثر الفتح وهو واحد الأضلاع ، والفائدة فى تشبيه المرأة بالضلع التنبيه إلى أنها معوجة فمن حاول أن يحملها على الاعتدال كسرها ، وإن تسامح معها على ما هى عليه انتفع بها . وإن أعوج شىء فى الضلع أعلاه ، المبالغة فى الاعوجاج والتأكيد لمعنى الاعوجاج هو المراد من هذا اللفظ والتأكيد لمعنى الكسر

وقيل يحتمل أن يكون ذلك مثلا لأعلى المرأة لأن أعلاها رأسها وفيه لسانها وهو الذى ينشأ منه الاعوجاج ، قيل وأعوج هنا من باب الصفة لا من باب التفضيل ، لأن أفعل التفضيل لا يصاغ من الألوان والعيوب . وأجيب بأن الظاهر ههنا أنه للتفضيل ، وقد جاء ذلك على قلة مع عدم الالتباس بالصفة . والضمير فى قوله : فإن ذهبت تقيمه كسرته يرجع إلى الضلع لا إلى أعلاه ، وهو يذكر ويؤنث . ولهذا جاء فى رواية «إن ذهبت تقيمها كسرتها» وفى رواية «فإن ذهبت تقيمه كسرته»

وقوله «خلقت من ضلع» أى من ضلع آدم الذى خلقت منه حواء . قال الفقهاء : انها خلقت من ضلع آدم ، ويدل على ذلك قوله «خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها» وقد روى ذلك من حديث ابن عباس عند ابن اسحق وروى من حديث مجاهد مرسلا عند ابن أبى حاتم . والحديث يرشد إلى ملاطفة النساء والصبر على ما لا يستقيم من أخلاقهن ، والتنبيه على أنهن خلقن على تلك الصفة لى لا يفيد معها التأديب ولا ينجع عندها النصح فلم يبق إلا الصبر والمحاسنة وترك التأنيب والمخاشنة .

وقال النووى : ضبط بعضهم قوله : استمتعت بها على عوج بفتح العين ، وضبطه بعضهم بكسرها ، ولعل الفتح أكثر ؛ وضبطه ابن عساكر وآخرون بالكسر ؛ قال وهو الأرجح ، ثم ذكر كلام أهل اللغة فى تفسير معنى المكسور والمفتوح ، وهو معروف ، وقد صرح صاحب المطالع بأن أهل اللغه يقولون فى الشخص المرئى عوج ، وفيما ليس بمرأى كالرأى والكلام عوج بالكسر . قال وانفرد أبو عمرو الشيبانى فقال : كلاهما بالكسر ومصدرهما بالفتح ، وكسرها

طلاقها . وهـذه العبارة ليست فى الروايتين المتفق عليهما . وقد حقق الزمخشرى الكلام فى تفسير قوله « لا ترى فيها عوجا ولا أمتاً » والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإذا أراد الطلاق فالمستحب أن يطلقها طلقة واحدة لأنه يمكنه تلافيها . وإن أراد الثلاث فرقها فى كل طهر طلقة ليخرج من الخلاف ، فإن عند أبى حنيفة لا يجوز جمعها ، ولأنه يسلم من الندم ، وإن جمعها فى طهر واحد جاز لما روى « أن عويمراً العجلانى قال عند رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لاعن امرأته : كذبت عليها ان أمسكتها فهى طالق ثلاثاً ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم لا سبيل لك عليها » ولو كان جمع الثلاث محرما لأنكر عليه ، فإن جمع الثلاث أو أكثر بكلمة واحدة وقع الثلاث ، لما روى الشافعى رحمه الله أن ركانة بن عبد يزيد طلق امرأته سهيمة البتة ، ثم أتى رسول الله صلى الله عليه فقال : يا رسول الله إنى طلقت امرأتى سهيمة البتة ، والله ما أردت إلا واحدة ، فقال له النبى (ص) والله ما أردت الا واحـدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت إلا واحـدة ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلو لم يقع الثلاث إذا أرادها بهذا اللفظ لم يكن لاستحلافه معنى .

وروى أن رجلا قال لعثمان رضى الله عنه : إنى طلقت امرأتى مائة ، فقال ثلاث يحرمنها وسبعة وتسعون عدوان »

وسئل ابن عباس رضى الله عنه عن رجل طلق امرأته ألفا فقال « ثلاث منهن يحرمن عليه ، وما بقى فعليه وزره »

(الشرح) حديث عويمر العجلانى أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأصحاب السنن إلا الترمذى عن سهل بن سعد « أن عويمراً العجلانى أتى رسول الله (ص) فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا رأى مع امرأته رجلا أيقتله ؟ فتقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد نزل فيك وفى صاحبتك ، فاذهب فأت بها . قال سهل فتلاعنا — وأنا مع الناس عند رسول الله (ص)

فلما فرغ قال عويمر : كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم . قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين»
وهذا الحديث سيأتي في كتاب اللعان . والمقصود من إيراده هنا أن الثلاث إذا وقعت في موقف واحد وقعت كلها وبانت الزوجة

وأجاب القائلون بأنها لاتقع إلا واحدة فقط عن ذلك بأن النبي (ص) انما سكت عن ذلك لأن الملاعنة تبين بنفس اللعان ، فالطلاق الواقع من الزوج بعد ذلك لا محل له ، فكأنه طلاق أجنبيه ، ولا يجب إنكار مثل ذلك فلا يكون السكوت عنه تقريراً

وأما حديث ركانة بن عبد الله فقد أخرجه الشافعي وابو داود والدارقطني ، وقال أبو داود : هذا حديث حسن صحيح . وكذلك اخرجه الترمذي وصححه أيضا ابن حبان والحاكم .

وقال الترمذي : لا يعرف الا من هذا الوجه ، وسألت محمداً عنه ، يعني البخاري فقال : فيه اضطراب . اه

قلت : وقد جاء اسناده ضعيفاً ولذلك لم يخرجه البخاري ولا مسلم لأن في اسناده الزبير بن سعيد الهاشمي . وقد ضعفه غير واحد . قال ابن كثير : لكن قد رواه ابو داود من وجه آخر وله طرق أخر فهو حسن ان شاء الله . وقال ابن عبد البر في التمهيد : تكلموا في هذا الحديث اه

وقال الشوكاني: وهو مع ضعفه مضطرب ومعارض . واما الاضطراب (فكما تقدم) وقد أخرج احمد انه طلق ركانة امرأته في مجلس واحد ثلاثاً . قال قد علمت ارجعها ، ثم تلا « اذا طلقتم النساء » الآية . اخرجه ابو داود .

وأما معارضته فبما روى ابن عباس ان طلاق الثلاث كان واحدة ، وسيأتي ، وهو اصح اسناداً وأوضح متنا

وروى النسائي عن محمود بن لبيد قال « أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا ، فقام غضبان ثم قال: أيلعب بكتاب الله وانا بين اظهركم ، حتى قام رجل فقال : يارسول الله ألا أقتله ؟ » قال ابن كثير اسناده جيد . وقال الحافظ بن حجر في بلوغ المرام : رواته موثقون

وقد روى حديث ركانة عن ابن عباس بلفظ « طلق أبو ركانة أم ركانة فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : راجع إمرأتك فقال : إنى طلقتها ثلاثا قال : قد علمت راجعها ، أخرجه أبو داود ورواه أحمد والحاكم وهو معلول بابن إسحاق فإنه فى سنده .

أما خبر عثمان فقد أخرجه وكيع وتابعه برواية مثلها عن على ، وقد أخرج عبدالرزاق عن عمر أنه رفع اليه أن رجلا طلق إمرأته ألفاً فقال له عمر : أطلقت إمرأتك ؟ قال : لا ، وإنما كنت ألعب ، فعلاه بالدرة وقال : إنما يكفيك من ذلك ثلاث .

وأخرج عبد الرزاق والبيهقى عن ابن مسعود أنه قيل له : إن رجلا طلق إمرأته البارحة مائة ، قال : قلتها مرة واحدة ؟ قال : نعم ، قال : تريد أن تبين منك إمرأتك ؟ قال : نعم ، قال : هو كما قلت ، وأتاه آخر فقال : رجل طلق إمرأته عدد النجوم قال : قلتها مرة واحدة ؟ قال : نعم ، قال : هو كما قلت : والله لا تلبسون على أنفسكم ونتحمله عنكم .

إذا ثبت هذا : فإن أصحابنا قرروا أنه يستحب لمن أراد أن يطلق إمرأته أن يطلقها واحدة ، لأنه إن ندم على طلاقها أمكنه تلافى ذلك بالرجعة ، وإن أراد أن يطلقها ثلاثاً فالمستحب أن يفرقها فى كل طهر طلقة .

وحكى أبو على الشيخى عن بعض أصحابنا أنه قال : لا سنة فى عدد الطلاق ولا بدعة ، وإنما السنة والبدعة فى الوقت ، والمنصوص هو الأول ، لأنه يسلم بذلك من الندم ويجوز أن يكون فعل الشيء سنة ولا يكون تركه بدعة كتحية المسجد والأضحية ، وما أشبه ، وان كانت صغيرة أو آيسة وأراد أن يطلقها فالمستحب أن يطلقها فى كل شهر طلقة ، لأن كل شهر بدل عن قرء فى حقها ، وان كانت حاملا — فقد قال بعض أصحابنا : يطلقها كل شهر طلقة .

وقال أبو على الشيخى : يطلقها على الحمل واحدة ؛ فإذا طهرت من النفاس طلقها ثانية ، فإذا طهرت من الحيض بعد النفاس طلقها الثالثة ، وأراد أبو على اذا استرجعها قبل وضع الحمل ، فإن خالف وطلقها ثلاثا فى طهر واحد أو فى كلمة واحدة وقع عليها الثلاث وكان مباحا ولم يأت محرماً ، وبه قال عبد الرحمن بن

عوف والحسن بن على بن أبى طالب ومن التابعين ابن سيرين . ومن الفقهاء أحمد بن حنبل .

وقال مالك وأبو حنيفة : جمع الثلاث فى وقت واحد محرم ، الا أنه يقع كالطلاق فى الحيض ، وبه قال عمر وعلى وابن عباس وابن مسعود ، وذهب أهل الظاهر وكذا ابن القيم وشيخه ابن تيمية الى أن الثلاث اذا أوقعها فى وقت واحد لا يقع وهو مذهب العترة ، وقال بعضهم : يقع .

قال العمرانى من أصحابنا : دليل الوقوع قوله تعالى « فطلقوهن لعدتهن » وقوله صلى الله عليه وسلم : ثم ليطلقها طاهراً أو حاملا ، ولم يفرق بين أن يطلقها واحدة أو ثلاثاً ، فلو كان الحكم يختلف لبينه ، ورواية عويمر العجلانى عند ما لاعن امرأته عند النبى صلى الله عليه وسلم ثم قال : ان أمسكتها فقد كذبت عليها هى طالق ثلاثاً ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : لا سبيل لك عليها ، فوضع الدليل أن العجلانى لم يعلم أنها قد بانت منه باللعان فطلقها ثلاثاً بحضرة النبى صلى الله عليه وسلم ، فلو كان محرماً أو كان لا يقع لأنكره ، ومعنى قوله : لا سبيل لك عليها ، أى لا سبيل لك عليها بالطلاق ، لانها قد بانت باللعان ، وروى أن ركانة ابن عبد يزيد طلق امرأته البتة فسأل النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال : ما أردت بقولك البتة ؟ قال : واحدة ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال : والله ما أردت الا واحدة ، فردها النبى صلى الله عليه وسلم فدل على أنه لو أراد الثلاث وقعن ؛ اذ لو لم يقعن لم يكن لاستحلافه معنى . وروى أن ابن عمر قال للنبى (ص) : أرأيت لو طلقتها ثلاثاً فقال صلى الله عليه وسلم : أبنت امرأتك وعصيت ربك . قال فى البيان : وهذا يبطل قول أهل الظاهر والشيعة . اهـ

أما بعد : فإن أصحاب الفكر من المنادين بالإصلاح الاجتماعى واحكام بناء الاسرة المسلمة ، وتوطيد العلائق بين الأزواج يذهبون كل مذهب فى سن القوانين لتقييد حرية الأزواج فى تطليق نسائهم فمن قائل بحظر الطلاق الا بين يدى القاضى ، ومن قائل ببذل تعويض للزوجة غير المتأخر من الصداق ونفقة العدة تشبه مكافأة العامل عن مدة عمله فى خدمة رب العمل الى غير ذلك من

صيحات يدفعهم اليها مافشا من استهتار بميثاق الزوجية الغليظ وانتشار الأطفال المشردين نتيجة الشقاق بين آبائهم وأمهاتهم ، ولو أنهم نظروا إلى ما شرعه الله تبارك وتعالى من قيود للطلاق وملابسات له لألقم هؤلاء أفواههم حجارة . ولسكتوا إزاء ماأحاط الله به عقد النكاح من صيانة وحصانة وحفظ . فقد عرفنا مما مضى أن الله تعالى حرم طلاق المرأة حال حيضها ، وفى زمن طهرها إذاجامعها فلو عرف الناس ما يرتكبونه من الإثم حين يفعلون ذلك لخفت وطأة هذه الظاهرة ، وما على الموثق (المأذون) إلا أن يعظ الزوج إذا جاءه بشرع الله ويذكره بأحكام السنة ، ويبغضه فى هذه البدعة ، وعلى خطباء الجمعة ووعاظ الازهر أن ينشروا بين الناس حكم الله فى تحريم الطلاق فى هذه الاوقات المذكورة حتى يقلع الناس عن هذه البدعة ، وليطلقوا — إذا عزموا الطلاق — وفقا للسنة المطهرة ، وهم إذا تربصوا بزوجاتهم حتى يحل الطهر ولم يمسوهن ، فإن الرغبة فى التسريح قد تتحول الى رغبة فى السكن والاستقرار ؛ وتكون النفوس حينئذ قد هدأت والخواطر قد صفت . وكفى الله المؤمنين مآثم الطلاق . والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويجوز أن يفوض الطلاق إلى امرأته لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « لما أمر الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير نسائه بدأ بى فقال : إنى مخبرك خبراً وما أحب أن تصنعى شيئا حتى تستأمرى أبويك ، ثم قال إن الله قال : قل لأزواجك (ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا) الى قوله (منكن أجراً عظيما) فقلت : أو فى هذا أستأمر أبوى ؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الآخرة ، ثم فعل أزواج النبى صلى الله عليه وسلم ما فعلته »

وإذا فوض الطلاق اليها فالمنصوص أن لها أن تطلق ما لم يتفرقا عن المجلس أو يحدث ما يقطع ذلك . وهو قول أبى العباس بن القاص .

وقال أبو إسحاق : لا تطلق الا على الفور ، لأنه تمليك يفتقر الى القبول

فكان القبول فيه على الفور كالبيع . وحمل قول الشافعى رحمه الله على أنه أراد مجلس الخيار لا مجلس القعود ، وله أن يرجع فيه قبل ان تطلق

وقال أبو على ابن خيران : ليس له أن يرجع لأنه طلاق معلق بصفة فلم يجز الرجوع فيه ، كما لو قال لها : إن دخلت الدار فأنت طالق ، وهذا خطأ لأنه ليس بطلاق معلق بصفة ، وإنما هو تمليك يفتقر الى القبول يصح الرجوع فيه قبل القبول كالبيع .

وان قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت ، لأن من ملك ايقاع ثلاث طلقات ملك ايقاع طلقة كالزوج وان قال لها طلق نفسك طلقة فطلقت ثلاثا وقعت الطلقة ، لأن من ملك ايقاع طلقة اذا أوقع الثلاث وقعت الطلقة كالزوج اذا بقيت له طلقة فطلق ثلاثا .

وان قال لوكيله : طلق امرأتى جاز أن يطلق متى شاء ، لأنه توكيل مطلق فلم يقتض التصرف على الفور كما لو وكله فى بيع .

وان قال له : طلق امرأتى ثلاثا فطلقها طلقة ، أو قال : طلق امرأتى واحدة فطلقها ثلاثا ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالزوجة فى المسئلتين (والثانى) لا يقع لأنه فعل غير ما وكل فيه

(فصل) وتصح اضافة الطلاق الى جزء من المرأة كالثلث والربع واليد والشعر لأنه لا يتبعض وكان اضافته الى الجزء كالإضافة الى الجميع كالعفو عن القصاص ، وفى كيفية وقوعه وجهان

(أحدهما) يقع على الجميع باللفظ ، لأنه لما لم يتبعض كان تسمية البعض كتسمية الجميع .

(والثانى) انه يقع على الجزء المسمى ثم يسرى ، لأن الذى سماه هو البعض ولا يجوز اضافته الى الريق والحمل لأنه ليس بجزء منها وانما هو مجاور لها ، وان قال بياضك طالق أو سوادك طالق او لونك طالق ففيه وجهان (أحدهما) يقع لأنه من جملة الذات التى لا ينفصل عنها فهو كالاعضاء (والثانى) لا يقع لأنها أعراض تحل فى الذات

(فصل) ويجوز اضافة الطلاق الى الزوج بأن يقول لها : أنا منك طالق .

أو يجعل الطلاق اليها فتقول : أنت طالق ، لأنه أحد الزوجين لجاز إضافة الطلاق اليه كالزوجة . واختلف أصحابنا فى إضافة العتق الى المولى ، فنهم من قال يصح . وهو قول أبى على بن أبى هريرة . لأنه إزالة ملك يجوز بالصريح والكناية . لجاز إضافته إلى المالك كالطلاق

وقال أكثر أصحابنا : لا يصح : والفرق بينه وبين الطلاق أن الطلاق يحل النكاح وهما مشتركان فى النكاح ، والعتق يحل الرق ، والرق يختص به العبد . والله تعالى أعلم .

(الشرح) حديث عائشة رضى الله عنها رواه أصحاب الكتب الستة وأحمد فى مسنده بلفظ « خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه فلم يعدها شيئاً » وفى رواية عندهم الا أبا داود بلفظ « قالت : لما أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بتخيير أزواجه بدأ بى ، فقال انى ذاكر لك أمراً فلا عليك ان لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك ، قالت : وقد علم ان أبوىّ لم يكونا ليأمرانى بفراقه . قالت : ثم قال : ان الله عز وجل قال لى : ياأيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا ـ الآية ـ وان كنتن تردن الله ورسوله والدار الآخرة ـ الايه ـ قالت فقلت : فى هذا استأمر ابوىّ ؟ فإنى أريد الله ورسوله والدار الاخرة . قالت : ثم فعل ازواج رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل ما فعلت »

قوله « خيرنا » فى لفظ لمسلم « خير نساءه » وقوله « فلم يُعدها شيئا » بتشديد الدال من العدد . وفى رواية « فلم يعدد » بفك الادغام . وفى اخرى « فلم يعتد » بسكون العين وفتح المثناة وتشديد الدال من الاعتداد ، وفى رواية لمسلم « فلم يعده طلاقا » وفى رواية للبخارى « افكان طلاقا ؟ » على طريقة الاستفهام الإنكارى . وفى رواية لأحمد « فهل كان طلاقا » وكذا للنسائى

وقد استدل بهذا من قال : انه لا يقع بالتخيير شىء اذا اختارت الزوج . وبه قال جمهور الصحابة والتابعين وفقهاء الأمصار ، لكن اختلفوا فيما اذا اختارت نفسها هل يقع طلقة واحدة رجعية او بائنة ، او يقع ثلاثا ؟ فحكى

الترمذى عن على عليه السلام أنها إن اختارت نفسها فواحدة بائنة وعنهما رجعية وإن اختارت زوجها فلا شيء . ويؤيد قول الجمهور من حيث المعنى أن التخيير ترديد بين شيئين : فلو كان اختيارها لزوجها طلاقا لاتحدا ، فدل على أن اختيارها لنفسها بمعنى الفراق . واختيارها لزوجها بمعنى البقاء فى العصمة .

وقد أخرج ابن أبى شيبة من طريق زاذان قال «كنا جلوساً عند على عليه السلام فسئل عن الخيار فقال : سألنى عنه عمر فقلت : إن اختارت نفسها فواحدة رجعية . قال ليس كما قلت ، إن اختارت زوجها فلا شيء . قال فلم أجد بدأ من متابعته ، فلما وليت رجعت الى ما كنت أعرف . قال على : وأرسل عمر إلى زيد بن ثابت قال ، فذكر مثل ما حكاه عنه الترمذى

وأخرج ابن ابى شيبة من طريق على نظير ما حكاه عنه زاذان من اختياره . وأخذ مالك بقول زيد بن ثابت . واحتج بعض أتباعه لكونها إذا اختارت نفسها يقع ثلاثاً ، بأن معنى الخيار بت أحد الامرين أما الاخذ أو الترك يكون طلقة رجعية لم يعمل بمقتضى اللفظ ، لأنها تكون بعد فى أسر الزوج وتكون كمن خير بين شيئين فاختار غيرهما . وأخذ ابو حنيفة بقول عمر وابن مسعود فيما إذا اختارت نفسها فواحدة بائنة

وقال الشافعى التخيير كناية ، فإذا خير الزوج امرأته وأراد بذلك تخييرها بين أن تطلق منه وبين ان تستمر فى عصمته ، فاختارت نفسها وأرادت بذلك الطلاق طلقت ، فلو قالت لم أرد باختيار نفسى الطلاق صدقت

وقال الخطابى يؤخذ من قول عائشة فاخترناه فلم يكن ذلك طلاقا ، أنها لو اختارت نفسها لكان ذلك طلاقا . ووافقه القرطبى فى المفهوم فقال فى الحديث أن المخيرة إذا اختارت نفسها أن نفس ذلك الاختيار يكون طلاقا من غير احتياج الى نطق بلفظ يدل على الطلاق . قال وهو مقتبس من مفهوم قول عائشة المذكور قال الحافظ بن حجر لكن الظاهر من الآية أن ذلك بمجرده لا يكون طلاقا. بل لا بد من إنشاء الزوج الطلاق لأن فيها (فتعالين أمتعكن وأسرحكن) أى بعد الاختيار ، ودلالة المنطوق مقدمة على دلالة المفهوم . قال واختلفوا فى التخيير

هل هو بمعنى التمليك أو بمعنى التوكيل . وللشافعى فيه قولان ، المصحح عند أصحابه أنه تمليك ، وهو قول المالكية بشرط المبادرة منها - ولو تراخت بمقدار ما ينقطع القبول عن الايجاب ثم طلقت لم يقع . وفى وجه لا يضر التأخير مادام المجلس ، وبه جزم ابن القاص من أصحابنا وهو الراجح من مذهب مالك ومذهب أبى حنيفة . وهو قول الثورى والليث والأوزاعى

وقال ابن المنذر الراجح أنه لا يشترط فيه الفور ، بل متى طلقت نفذ ، وهو قول الحسن والزهرى ، وبه قال أبو عبيدة ومحمد بن نصر من أصحابنا والطحاوى من أصحاب ابى حنيفة .

واحتجوا بحديث عائشة وفيه « إنى ذاكر لك أمراً فلا عليك أن لا تعجلى حتى تستأمرى أبويك ، وذلك يقتضى عدم اشتراط الفور فى جواب التخيير ، قال الحافظ بن حجر ويمكن أن يقال يشترط الفور فى جواب التخيير إلا أن يقع التصريح من الزوج بالفسحة لأمر يقتضى ذلك فيتراخى ، كما وقع فى قصة عائشة ولا يلزم من ذلك أن يكون كل خيار كذلك

وقد قال الشافعى رضى الله عنه لا أعلم خلافاً أنها ان طلقت نفسها قبل أن يفترقا من المجلس ويحدثاقطعاً أن الطلاق يقع عليها ، فاختلف أصحابنا فيه فقال ابن القاص اذا فوض اليها طلاق نفسها فلها أن تطلق نفسها ما دام فى المجلس ، ولم تخض فى حديث آخر

فإن خاضت فى حديث آخر وقامت من ذلك المجلس لم يكن لها أن تطلق نفسها وبه قال أبو حنيفه .

وقال أبو اسحاق لا يتقدر بالمجلس ، بل ان طلقت نفسها عقيب قوله بحيث يكون جواباً لكلامه وقع الطلاق ، لأنه نوع تمليك ، وان أخرته عن ذلك ثم طلقت لم يقع الطلاق لأنه نوع تمليك فكان قبوله على الفور كسائر التمليكات . وحمل النص على أنه أراد مجلس خيار القبول لا مجلس العقود — هذا ترتيب الشيخ أبى حامد .

وقال المسعودي : فيه قولان بناء على أن تفويض الطلاق اليها تمليك أو توكيل ، وفيه قولان ، إن قلنا : تمليك اشترط القبول فيه على الفور ؛ وان قلنا : توكيل يقدر بالمجلس ، هذا مذهبنا ، وقال الحسن البصري وقتادة : لها الخيار أبداً ، واختاره ابن المنذر .

دليلنا ما روى عن عمر وعثمان أنهما قالا : إذا خير الرجل إمرأته وملكها أمرها فافترقا من ذلك المجلس ولم تحدث شيئاً فأمرها الى زوجها ، وكذلك روى عن ابن مسعود وجابر ولا يعرف لهم مخالف ، وإن قال : طلق نفسك متى شئت كان لها ذلك لأنه قد صرح لها بذلك .

(فرع) إذا فوض اليها الطلاق أو خيرها ثم رجع قبل أن يطلق أو يختار بطل التفويض والتخيير . وقال ابن خيران : لا يبطل ، وبه قال مالك وأبو حنيفه كما لو قال لها : اذا اخترت فأنت طالق ، ثم رجع قبل أن تختار ، والمذهب الاول لان النص انما هو تمليك أو توكيل ، وله الرجوع فيهما قبل القبول ، وان قال لها : طلق نفسك فإن طلق بالكناية مع النيه وقع الطلاق ، والثاني وهو قول ابن خيران وابن عبيد : أن من خير ونوى لم يقع ، والاصح الاول لان الكناية مع النية كالصريح ، وان قال لها : طلق نفسك ثلاثاً فطلقت واحدة أو طلقتين وقع عليها ما أوقعت ، وقال أبو حنيفة : لا يقع عليها شيء .

دليلنا أن من ملك ايقاع الثلاث ملك ايقاع الواحدة والاثنتين كالزوج ، وان قال لها : طلق نفسك واحدة فطلقت ثلاثا وقع عليها واحدة ، وقال مالك لا يقع عليها شيء ، دليلنا أن الواحدة المأذون فيها داخلة في الثلاث فوقعت دون غيرها .

وقال ابن القاص : ولو قال لها : طلق نفسك ان شئت واحدة فطلقت ثلاثا أو قال : طلق نفسك ان شئت ثلاثاً فطلقت واحدة لم يقع الطلاق عليها لأنه فوض اليها الطلاق في الأولة بشرط ان شاء واحدة ، وفي الثانية بشرط ان شاء ثلاثاً ولم توجد الصفة فلم يقع .

قال الطبري : فإن أخر المشيئة بأن قال : طلق نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت

واحدة ، أو قال : طلقى نفسك واحدة ان شئت فطلقت ثلاثا وقع عليها واحدة فيهما ، والفرق أنه اذا قدم المشيئة كان التمليك معلقاً بشرط أن يشاء العدد المأذون فيه ، فإذا أوقعت غيره فما شاءته فلم يقع عليها طلاق ، واذا أخر المشيئة كانت المشيئة راجعة الى الطلاق لا الى العدد .

(فرع) وان وكل رجلا ليطلق له امرأته كان له أن يطلق متى شاء كما قلنا فى الوكيل فى البيع والشراء ؛ بخلاف اذا فوض الطلاق اليها فإنه تمليك لمنفعتها ، والتمليك يقتضى القبول فى الحال ، وان وكله أن يطلقها ثلاثا فطلقها واحدة ، أو وكله بطلاقها واحدة فطلقها ثلاثاً ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه كالزوجة فيما ذكرناه (والثانى) لا يقع عليها طلاق فيهما لانه فعل غير ما أذن له فيه فلم يصح .

(مسألة) قوله : ويصح اضافة الطلاق الخ ، وهذا صحيح فإنه اذا أضاف الطلاق الى جزء منها معلوم أو مجهول أو الى عضو من أعضائها بأن قال : نصفك أو بعضك أو يدك أو رجلك أو شعرك أو ظفرك طالق ، فإنها تطلق ، وقال أبو حنيفة : اذا أضاف الطلاق الى جزء منها معلوم أو مجهول أو الى خمسة أعضاء وهى الرأس والوجه والرقبه والظهر والفرج وقع عليها الطلاق ، وان أضاف الطلاق الى سائر أعضائها وقع عليها الطلاق .

دليلنا أن الطلاق لا يتبعض ، فكانت اضافته الى جزء منها أو الى عضو منها كإضافته الى جميعها كالعفو عن القصاص ، ولانه أشار بالطلاق الى مايتصل ببدنها اتصال خلقه ، فكان كالإشارة الى جملتها كالاشارة الى الأعضاء الخمسه ، وان أضاف الطلاق الى دمها ، فقد قال أصحابنا البغداديون : لا يقع عليها الطلاق لانه غير متصل بالبدن . وانما هو يجرى فى البدن .

وقال المسعودى : اذا أضافه الى دمها وقع عليها الطلاق لأنه كلحمها ، وان قال : ريقك أو بولك أو عرقك طالق ، فقال أصحابنا البغداديون : لا تطلق ، لانه ليس بجزء منها ، وانما هو من فضول بدنها .

وقال المسعودى : فيه وجهان (أحدهما) هذا (والثانى) يقع عليها الطلاق ،

وإن قال : حملك طالق — فقال البغداديون من أصحابنا : لا يقع عليها الطلاق ، لأنه غير متصل بالبدن وإنما يدور فى الرحم .

وقال المسعودى : فيه وجهان ، وإن قطعت أذنها وانبتت منها ثم ألصقت بالدم فالصقت أو أجريت لها خياطة طبية لإعادتها إلى مكانها فطلق أذنها قبل أن تبرأ من جراحتها .

قال أصحابنا البغداديون : لا يقع عليها الطلاق ، وقال المسعودى فيه وجهان وإن قال : منيك ولبنك طالق ، قال المسعودى : فمن أصحابنا من قال فيه وجهان كالدمع والعرق ، ومنهم من قال : يقع عليها الطلاق وجهاً واحداً كالدم ، وهذا على أصله ، وإن قال : سوادك أو بياضك طالق ، فيه وجهان (أحدهما) يقع عليها الطلاق لأنها أعراض تحل بالذات .

إذا ثبت هذا : وأضاف الطلاق إلى عضو منها أو إلى جزء منها فكيف يقع عليها الطلاق ؟ فيه وجهان (أحدهما) يقع على جملتها لأن الطلاق لا يتبعض (والثانى) يقع الطلاق على الذى أوقعه منها ثم يسرى اعتباراً بما سمى .

(مسألة) قوله : ويجوز إضافة الطلاق إلى الزوج الخ ؛ وهذا صحيح فإنه إذا قال لامرأته : أنا منك طالق ، أو قال لها : طلقى نفسك فقالت : أنت طالق ، فهو كناية فى الطلاق ، فإن نوى الطلاق فى الأولى ونوته فى الثانية وقع عليها الطلاق ، وقال أبو حنيفة : لا يقع عليها ، فلو قال : علىّ الطلاق ، فإنه لا يقع عند أبى حنيفة وأصحابه ، لأن الطلاق عندهم إذا لم يضف إلى المرأة فليس بواقع لأنه من صفات المرأة ، قالوا : لأن الطلاق انما يقع من الرجل على المرأة ولا يقع على الرجل .

دليلنا : أن كل لفظ صح أن يكون طلاقا بإضافته إلى الزوجة صح أن يكون طلاقا بإضافته إلى الزوج كالبينونة ؛ فإن أبا حنيفة وافقنا عليها ، ولأنه أحد الزوجين فصح إضافة الطلاق اليه كالزوجة ، وإن قال لعبده أو أمته أنا منك حر ففيه وجهان .

قال أبو على بن أبى هريرة : هو كناية فى العتق فيعتق به إذا نواه لأنه إزالة ملك يصح بالصريح والكناية لجاز إضافته إلى المالك كإضافة الطلاق الى الزوج

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع به العتق لان كل واحد من الزوجين يقال له : زوج فهما مشتركان فى الاسم ، فاذا جاز اضافة الطلاق الى الزوجة جاز اضافته الى الزوج ، وليس كذلك الحرية . لأنها تقع بملك ، والذى ينفرد بملك هو السيد فلم يجز اضافة الحرية اليه والله تعالى الموفق للصواب .

قال المصنف رحمه الله :

باب ما يقع به الطلاق وما لا يقع

لا يقع الطلاق الا بصريح أو كناية مع النية ، فان نوى الطلاق من غير صريح ولا كناية لم يقع الطلاق ، لان التحريم فى الشرع علق على الطلاق ونية الطلاق ليست بطلاق ، ولان ايقاع الطلاق بالنية لا يثبت الا بأصل أو بالقياس على ما ثبت بأصل ، وليس ههنا أصل ولا قياس على ما ثبت بأصل فلم يثبت .

(فصل) والصريح ثلاثة ألفاظ الطلاق والفراق والسراح ، لان الطلاق ثبت له عرف الشرع واللغة ، والسراح والفراق ثبت لهما عرف الشرع ، فانه ورد بهما القرآن ، فاذا قال لامرأته : أنت طالق ، أو طلقتك ، أو أنت مطلقة أو سرحتك ، أو أنت مسرحة ، أو فارقتك ، أو أنت مفارقة ، وقع الطلاق من غير نية ، فان خاطبها بأحد هذه الالفاظ ، ثم قال : أردت غيرها فسبق لسانى اليها لم يقبل ، لانه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ؛ لانه يحتمل ما يدعيه . وان قال : أنت طالق وقال أردت طلاقا من وثاق ، أو قال سرحتك وقال أردت تسريحا من اليد ، أو قال فارقتك ، وقال أردت فراقا بالجسم ، لم يقبل فى الحكم ، لأنه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ فى العرف ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لانه يحتمل ما يدعيه ، فان علمت المرأة صدقه فيما دين فيه الزوج جاز لها أن تقيم معه ، وان رآهما الحاكم على الاجتماع ففيه وجهان .

(أحدهما) يفرق بينهما بحكم الظاهر ، لقوله صلى الله عليه وسلم « أحكم بالظاهر والله عز وجل يتولى السرائر » .

(والثانى) لا يفرق بينهما لانهما على اجتماع يجوز اباحته فى الشرع ، وان قال

أنت طالق من وثاق ؛ أو سرحتك من اليد ، أو فارقتك بجسمي لم تطلق ، لأنه الأصل بالكلام ما يصرف اللفظ عن حقيقته . ولهذا إذا قال لفلان علىّ عشرة إلا خمسة لم يلزمه عشرة . وإذا قال لا إله إلا الله لم يجعل كافراً بابتداء كلامه . وإن قال أنت طالق ثم قال قلته هازلا وقع الطلاق ولم يدين ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال « ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة »

(فصل) قال فى الاملاء ، لو قال له رجل طلقت امرأتك ؟ فقال نعم . طلقت عليه فى الحال ، لأن الجواب يرجع الى السؤال ، فيصير كما لو قال طلقت ولهذا لو كان هذا جوابا عن دعوى لكان صريحا فى الاقرار . وإن قال أردت به فى نكاح قبله — فإن كان لما قاله أصل — قبل منه ، لأن اللفظ يحتمله ، وإن لم يكن له أصل لم يقبل لأنه يسقط حكم اللفظ . وإن قال له أطلقت امرأتك فقال له قد كان بعض ذلك وقال أردت أنى كنت علقت طلاقها بصفة ، قبل منه لأنه يحتمله اللفظ . وإن قال لامرأته أنت طالق لو لا أبوك لطلقتك ، لم تطلق ، لأن قوله أنت طالق لولا أبوك ، ليس بإيقاع طلاق ، وإنما هو يمين بالطلاق ، وأنه لولا أبوها لطلقها ، فتصير كما لو قال والله لولا أبوك لطلقتك .

(الشرح) الحديث الأول جزء من حديث مضى فى كتاب الصلح تخريجه وطرقه . والحديث الثانى عن أبى هريرة أخرجه أصحاب السنن إلا النسائى ، وقال الترمذى حسن غريب . وأخرجه الحاكم وصححه وأخرجه الدارقطنى وفى إسناده عبد الرحمن بن حبيب بن أزدك وقد روى الطبرانى عن فضالة بن عبيد بلفظ « ثلاث لا يجوز فيهن اللعب . الطلاق والنكاح والعتق » وفى إسناده ابن لهيعه وعن عبادة بن الصامت عند الحرث بن أسامة فى مسنده رفعه بلفظ « ثلاث لا يجوز اللعب فيهن . الطلاق والنكاح والعتاق ، فمن قالهن فقد وجبن » وإسناده منقطع . وعن أبى ذر عند عبد الرزاق رفعه « من طلق وهو لاعب فطلاقه جائز ومن أعتق وهو لاعب فعتقه جائز ؛ ومن نكح وهو لاعب فنكاحه جائز » وفى

إسناده انقطاع أيضا ، وعن على موقوفا عند عبد الرزاق أيضا . وعن عمر عنده أيضا .

أما غريب الفصل فقوله « يدين فيما بينه وبين الله تعالى » قال فى شرح غريب الشرح الكبير للرافعى « ودان بالاسلام ديناء بالكسر تعبد به ، وتدين به كذلك فهو ديّن مثل ساد فهو سيد ، ودينته بالتثقيل وكلته الى دينه وتركته وما يدين لم أعترض عليه فيما يراه سائغا فى اعتقاده ؛ ودنته أدينه جازيته اه

وقوله « طلاقا من وثاق » يقال أوثقه بالوثاق إذا شده ، ومنه قوله تعالى (فشدوا الوثاق) والوثاق بالكسر لغة فيه ، وقوله « قلته هازلا » أى مازحا غير مجد ، والهزل ضد الجد ، قال الكميت

أرانا على حب الحياة وطولها يجد بنا فى كل يوم ونهزل

هكذا أفاده ابن بطال

اما الاحكام فإن الرجل اذا نوى طلاق امرأته ولم ينطق به لم يقع عليها الطلاق ، وقال مالك فى احدى الروايتين يقع ، دليلنا ما روى أبو هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال تجاوز الله لأمتى ماحدثت به نفسها ما لم يكلم أو يعمد به »

وأما الكلام الذى يقع به الطلاق فينقسم قسمين ، صريح وكناية ، فالصريح ما يقع به الطلاق ، فينقسم قسمين من غير نية ، وهو ثلاثة ألفاظ « الطلاق والفراق والسراح »

وقال أبو حنيفة الصريح هو لفظ الطلاق لا غير ، وأما الفراق والسراح فهما كناية فى الطلاق ، وقال الطبرى فى العدة والمحاملى وهذا قول الشافعى وشأنه فى القديم ، لأن العرف غير جار بهما بين المطلقين ، والمشهور من المذهب هو الأول ، لأن الفراق ورد بهذه الألفاظ الثلاثة على وجه الأمر فقال تعالى (فطلقوهن لعدتهن) وقال (فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف) وقال فى موضع آخر (أو سرحوهن)

اذا ثبت هذا فالصريح من لفظة الطلاق ثلاثة وهى قوله « طلقتك ، أو أنت طالق ، أو أنت مطلقة » وقال ابو حنيفة ، قوله « انت مطلقة » ليس بصريح ، وانما هو كناية . دليلنا قوله « انت طالق » ليس بإيقاع الطلاق ، وانما هو

وصف لها بالطلاق كقوله : أنت نائم ، فإن كان صريحاً فكذلك قوله أنت مطلقة مثله ، وأما السراح والفراق فالصريح منهما لفظتان لا غير وهو قوله . فارقتك أو أنت مفـــارقة أو سرحتك أو أنت مسرحة ، هذا ترتيب الشيخ أبي حامد والبغداديين من أصحابنا .

وقال المسعودي : في قوله : أنت مفارقة أو أنت مسرحة وجهان ؛ أحدهما : أنه صريح كقوله : أنت مطلقة ، والثـاني : أنه كناية ، لأنه لم يرد به الصريح ولا الاستعمال ، والأول هو المشهور ، فان خاطبهـا بلفظة من الألفاظ الصريحة في الطلاق ، ثم قال : لم أقصد الطلاق ، وإنما سبق لساني اليها .

قال الصيمري : فقد قيل : إن كان هناك حال يدل على ما قال بأن كان في حال جرت العادة فيها بالدهش جاز أن يقبل منه ، وقيل : لا يلتفت اليه ، بل يقع عليها وهو المشهور ، لأنه يدعي خـلاف الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لانه يحتمل ما يدعيه .

(فرع) وإن قال : أنت طالق ، وقال أردت طـلاقها من وثاق ، أو قال : فارقتك ، وقال أردت به إلى المسجد ، أو قال سرحتك وأردت به إلى البيت أو إلى أهلك لم يقبل منه في الحـكم ، لأنه يعدل بالكلام عن الظـاهر ، ويدين فيما يدعيه بينه وبين الله تعالى .

وقال مالك إن قالَ هذا في حال الرضى لم يقبل منه في الحـكم ، وقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وان قاله في حال الغضب لم تقبل منه في الحكم ، ولا فيما بينه وبين الله تعالى . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « لا تحاسبوا العبد حساب الرب واعملوا على الظاهر ودعوا البـاطن » ولأن اللفظ يصلح في الحالين لما ذكره فيقبل منه فيما بينه وبين الله تعالى ، وكل ما قلنا لا يقبل فيه قول الزوج من هذا وما أشبهه ، ويقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، فان الزوجة إذا صدقته على ما يقول جاز لها أن تقيم معه ، فان رآهما الحاكم على اجتماع ظاهر ففيه وجهان .

(أحدهما) أنه يفرق بينهما لقوله صلى الله عليه وسـلم « أحكم بالظاهر والله يتولى السرائر » .

(والثاني) لا يفرق بينهما لانهما على اجتماع يجوز إباحته في الشرع ، وإن لم

تصدقه الزوجة على قوله واستفتت فإنا نقول لها : امتنعي عنه ما قدرت عليه . وإذا استفتى قلنا له : إن قدرت على وصلها فى الباطن حل لك فيما بينك وبين الله تعالى . وإن قال لها : أنت طالق من وثاق ، أو فارقتك مسافراً إلى المسجد أو سرحتك إلى أهلك لم يحكم عليه بالطلاق لأنه وصله بكلام أخرجه عن كونه صريحا ، فهو كما لو قال : لا إله وسكت كان كافراً ، أو إذا قال : لا إله إلا الله كان توحيداً ، وكما لو قال : له عشرة إلا خمسة .

الخلاصة لما تقدم : يدل حديث أبي هريرة على أن من تلفظ هازلا بلفظ نكاح أو طلاق أو رجعة أو عتاق كما فى الأحاديث التى سقناها وقع منه ذلك . أما فى الطلاق فقد قال بذلك أصحابنا من الشافعية والحنفية وغيرهم ، وخالف فى ذلك أحمد ومالك فقالا : إنه يفتقر اللفظ الصريح الى النية ، وبه قال جماعة من الأئمة منهم جعفر الصادق ومحمد الباقر . واستدلوا بقوله تعالى « وان عزموا الطلاق » فدلت على اعتبار العزم . والهازل لاعزم منه

وأجاب صاحب البحر بالجمع بين الآية والحديث فقال : يعتبر العزم فى غير الصريح لا فى الصريح فلا يعتبر ، والاستدلال بالآية على تلك الدعوى غير صحيح من أصله فلا يحتاج الى الجمع ، فإنها نزلت فى حق المولى

(مسألة) قوله : لو قال رجل طلقت امرأتك ؟ فقال نعم الى الخ وهو كما قال فإنه اذا قال له رجل: طلقت امرأتك ؟ أو امرأتك طالق ؟ أو فارقتها أو سرحتها فقال نعم ، فيه قولان حكاهما ابن الصباغ والطبرى

(إحداهما) أن هذا كناية فلا يقع به الطلاق إلا بالنية ، ولأن قوله نعم ليس بلفظ صريح .

(والثانى) أنه صريح فى الطلاق ، وهو اختيار المزنى ، ولم يذكر الشيخان غيره — أعنى أبا إسحاق الاسفرايينى وأبا حامد المروزى — وهو الأصح ، لأنه صريح فى الجواب وتقديره نعم طلقت ، كما لو قيل : لفلان عليك كذا ؟ فقال نعم ، كان إقراراً .

قال الطبرى ، قال أصحابنا : وهذا يخرّج على ما لو قال: زوجتك ابنتى بكرا ؟ فقال الولى نعم ، فهل يصح النكاح ؟ على قولين

إذا ثبت هذا — وقلنا يقع الطلاق — نظرت ، فإن كان صادقا فيما خبر به من الطلاق وقع عليها الطلاق فى الظاهر والباطن ، وإن لم يكن طلق قبل ذلك وإنما كذب بقوله نعم ، وقع الطلاق فى الظاهر دون الباطن ، فإن قال أردت أنى كنت علقت طلاقها بصفة ، قبل منه لأنه يحتمل ما يدعيه

(فرع) اذا قال لامرأته أنت طالق لولا أبوك لطلقتك ، فذكر المزنى فى فروعه أنها لا تطلق لأنه ليس بإيقاع للطلاق ، وانما حلف بطلاقها انما يمسكها لأجل أبيها وأنه لولا أبوها لطلقها ، كما لو قال والله لولا أدبك لطلقتك . قال صاحب الفروع ويحتمل أن يقع عليها الطلاق لأن قوله لولا أبوك لطلقتك كلام مبتدأ منفصل عن الأولة ، ولهذا ينفرد بجواب ، والاول هو المشهور . فإن كان صادقا بأن امتنع من طلاقها لأجل أبيها لم يقع الطلاق لا ظاهراً ولا باطناً ، وان كان كاذباً وقع الطلاق فى الباطن دون الظاهر ، الا أن يقر بكذبه فيقع فى الظاهر أيضا ، فإن قال أنت طالق لولا أبوك أو لولا الله لم يقع عليها الطلاق . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وأما الكناية فهى كثيرة ، وهى الالفاظ التى تشبه الطلاق وتدل على الفراق ، وذلك مثل قوله أنت بائن ، وخلية وبرية وبتة وبتلة وحرة وواحدة وبينى وابعدى واغربى واذهبي واستفلحى والحقى بأهلك وحبلك على غاربك ، واستترى وتقنعى واعتدى وتزوجى وذوقى وتجرعى وما أشبه ذلك ، فإن خاطبها بشىء من ذلك ونوى به الطلاق وقع ، وان لم ينو لم يقع ، لأنه يحتمل الطلاق وغيره ، فإذا نوى به الطلاق صار طلاقا ، واذا لم ينو به الطلاق لم يصر طلاقا ، كالإمساك عن الطعام والشراب لما احتمل الصوم وغيره ، اذا نوى به الصوم صار صوماً ، واذا لم ينو به الصوم لم يصر صوما

وان قال أنا منك طالق ، أو جعل الطلاق اليها فقالت طلقتك أو أنت طالق فهو كناية يقع به الطلاق مع النية ، ولا يقع من غير نية ، لأن استعمال هذا اللفظ فى الزوج غير متعارف ، وانما يقع به الطلاق مع النية من جهة المعنى ، فلم يقع به

من غير نية كسائر الكنايات ، وان قال له رجل : ألك زوجة ؟ فقال لا ، فإن لم ينو به الطلاق لم تطلق ، لأنه ليس بصريح ، وان نوى به الطلاق وقع لأنه يحتمل الطلاق

(فصل) واختلف أصحابنا فى الوقت الذى تعتبر فيه النية فى الكنايات ، فمنهم من قال اذا قارنت النية بعض اللفظ من أوله أو من آخره وقع الطلاق كما أن فى الصلاة اذا قارنت النية جزءاً منها صحت الصلاة ، ومنهم من قال لا تصح حتى تقارن النيه جميعها ، وهو أن ينوى ويطلق عقيبها ، وهو ظاهر النص لأن بعض اللفظ لا يصلح للطلاق فلم تعمل النية معه ، فأما الصلاة فلا تصح حتى تقارن النية جميعها بأن ينوى الصلاة ويكبر عقيبها ؛ ومتى خلا جزء من التكبير عن النية لم تصح صلاته .

(فصل) وأما ما لا يشبه الطلاق ولا يدل على الفراق من الالفاظ ، كقوله اقعدى واقربى واطعمى واسقينى ، وما أحسنك وبارك الله فيك وما أشبه ذلك فإنه لا يقع به الطلاق وان نوى ، لأن اللفظ لا يحتمل الطلاق ، فلو أوقعنا الطلاق لأوقعناه بمجرد النيه ، وقد بينا أن الطلاق لا يقع بمجرد النية

(فصل) واختلف أصحابنا فى قوله : أنت الطلاق . فمنهم من قال : هو كناية ، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق ، وأقام المصدر مقام الفاعل كقوله تعالى « أرأيتم ان أصبح ماؤكم غوراً» أراد غائراً وان لم ينو لم يقع ، لأن قوله أنت الطلاق لا يقتضى وقوع الطلاق . ومنهم من قال هو صريح ويقع به الطلاق من غير نيه ، لأن لفظ الطلاق يستعمل فى معنى طالق ، والدليل عليه قول الشاعر :

أنوهت باسمى فى العالمين	وأفنيت عمرى عاما فعاما
فأنت الطلاق وأنت الطلاق	وأنت الطلاق ثلاثا تماما

وقال آخر :

فإن ترفقى يا هند فالرفق أيمن	وان تخرقى يا هند فالخرق آلم
فأنت الطلاق والطلاق عزيمة	ثلاثاً ومن يخرق أعق وأظلم
فبينى بها ان كنت غير رفيقة	فما لامرىء بعد الثلاثه مقدم

(فصل) واختلفوا فيمن قال لامرأته كلي واشربي ونوى الطلاق ، فمنهم من قال لا يقع وهو قول أبي إسحاق ، لأنه لا يدل على الطلاق فلم يقع به الطلاق كما لو قال أطعميني واسقيني ، ومنهم من قال يقع وهو الصحيح ، لأنه يحتمل معنى الطلاق وهو أن يريد كلي ألم الفراق واشربي كأس الفراق ، فوقع به الطلاق مع النية ، كقوله ذوقي وتجرعي

* * *

(الشرح) الكناية صورة تذكر يراد بها ما تكنى عنه وترمز اليه ، ومع هذا يجوز أن يراد بها معناها الأصلي ، وأنواعها ثلاثة : كناية عن صفة وكناية عن موصوف وكناية عن نسبة .

وقوله « بائن الخ » أي مفارقة من البين وهو الفراق، وخلية ، أي خالية عن الزوج فارغة منه ، وبرية أي بريئة مما يجب من حقوقي وطاعتي ، وبتة القطع وبتلة مثلها ، ومنه التبتل أي الانقطاع عن النكاح ، وسميت البتول لانقطاعها عن الأزواج . وقوله تعالى (وتبتل اليه تبتيلا) أي انقطع اليه انقطاعا . وأما تسمية فاطمة عليها السلام بالبتول فقد قال ثعلب لانقطاعها عن نساء زمانها ديناً وفضلا وحسباً :

وحرة أي لا سلطان لي على بضعك كما لا ملك في رقبة الحرة ، وواحـــدة أي أنت فردة عن الزوج ، ويحتمل طلقة واحدة وبيني وهو من البعد والفراق واغربي مثله . واستفلحي من الفلاح والفوز ، أي فوزي بأمرك واستبدي برأيك ويحتمل أن يكون من الفلح وهو القطع ، أي اقطعي حبل الزواج من غير نزاع وحبلك على غاربك ، أي امضي حيث شئت : والتعبير هنا عن الدابة يكون مقودها على غاربها ، وهو ما بين السنام والعنق ولا قائد لها فتذهب حيث شاءت بغير ممسك لها ، وتقنعي ، أي غطي رأسك

وقال ابن بطال : أظن معنـاه استتري مني ولا يحل لي نظرك . وتجرعي . يقال : جرعه غصص الغيظ اذا أذاقه الشدة مما يكره

أما الأحكام : فإن الكنايات كل كلمة تدل على الطلاق وغيره كهذه الألفاظ التي ساقها المصنف وما أشبهها من الكلام فإن نوى بذلك الطلاق وقع عليها الطلاق وإن لم ينو به الطلاق لم يقع عليها الطلاق سواء قال ذلك في حالة الرضا أو في حالة الغضب ، وسواء سألته الطلاق أو لم تسأله .

وقال أبو حنيفة : إذا كان ذلك في حال مذاكرة الطلاق وقال لها : أنت بائن وبتة وبتلة وحرام وخلية وبرية والحقي بأهلك واذهبي . فلا يحتاج إلى النية ، وإن قال لها : حبلك على غاربك ، واعتدى ، واستبرئي رحمك ، وتقنعي ، فإنه يحتاج إلى النية .

وقال مالك : الكنايات الظاهرة لا تحتاج إلى النية كقوله بائن وبتة وبتلة وحرام وخلية وبرية والفراق والسراح في الكنايات الظاهرة ، وأما الكنايات الباطنة ، فتفتقر إلى النية ، وهي مثل قوله : اعتدى واستبرئي رحمك وتقنعي واذهبي وحبلك على غاربك وما أشبه ذلك .

وقال أحمد : دلالة الحال في جميع الكنايات تقوم مقام النية . دليلنا أن هذه الالفاظ تحتمل الطلاق وغيره ولا تتميز إلا بالنية كالإمساك عن الطعام والشراب يحتمل الصوم وغيره ولا يتميز إلا بالنية ، ولان هذه كنايات في الطلاق ، فاذا لم تقترن بها النية لم يقع بها الطلاق كالالفاظ التي سقناها .

(فرع) قال ابن القاص : إذا قال لزوجته : أغناك الله ونوى به الطلاق كان طلاقا ، فمن أصحابنا من قال : لا يقع عليها الطلاق لان هذا دعاء لها ، فهو كقوله بارك الله فيك ، ومنهم من وافقه لانه يحتمل أن يريد به الغنى الذي قال الله فيه : وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته ، وإن قال لها : كلي واشربي ونوى به الطلاق ففيه وجهان .

قال أبو إسحاق لا يقع عليها الطلاق ؛ وبه قال أبو حنيفة ، كقوله أطعميني واسقيني والثاني : يقع به الطلاق ، وهو اختيار الشيخين أبي حامد وأبي إسحاق لانه يحتمل كلي ألم الفراق واشربي كأسه ، وان قال لامرأته : لست بامرأتي ونوى به الطلاق كان طلاقا ، وبه قال أبو حنيفه وأحمد .

وقال أبو يوسف : لا يقع ، دليلنا أنه محتمل للطلاق لانه اذا طلقها لا تكون

امرأته ، فهو كقوله : أنت بائن . وان قال له رجل : ألك زوجه ؟ فقال : لا ؛ ونوى به الطلاق كان طلاقا .

قال فى الفروع : ويحتمل أن لا يكون كنايه ولاصريحاً . والاول هو المشهور لانه يحتمل الطلاق .

(فرع) وان قال لامرأته : أنت حرة ونوى به الطلاق كان طلاقا . وان قال لأمته أنت طالق ونوى به العتق كان عتقاً ، لانه لفظ يتضمن ازالة ملك الزوجيه فكان كنايه فى العتق ، كقوله لا سبيل لى عليك ، وان قال لامرأته أنت الطلاق أو أنت طلاق ففيه وجهان (أحدهما) كنايه فلا يقع به الطلاق الا مع النيه ، لان الطلاق مصدر ، والاعيان لا توصف بالمصادر ، فكان مجازاً (والثانى) أنه صريح ، وبه قال مالك وأبو حنيفه ، لأن الطلاق قد يستعمل فى معنى طالق كما فى قول الشاعر :

فأنت الطلاق وأنت الطلاق وأنت الطلاق ثلاثا ثلاثا

(مسألة) قال صاحب الهدى : ثبت فى صحيح البخارى أن ابنة الجون لما دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم ودنا منها قالت : أعوذ بالله منك ، فقال لها عذت بعظيم الحقى بأهلك ، وثبت فى الصحيحين أن كعب بن مالك رضى الله عنه لما أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعتزل امرأته قال لها الحقى بأهلك ، فاختلف الناس فى هذا . فقالت طائفة ليس هذا بطلاق ولا يقع به الطلاق نواه أو لم ينوه ، وهذا قول أهل الظاهر ؛ قالوا والنبى صلى الله عليه وسلم لم يكن عقد على ابنة الجون وانما أرسل اليها ليخطبها ، ويدل على ذلك ما فى صحيح البخارى من حديث حمزة بن أبى أسيد عن أبيه أنه كان مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد أتى بالجونية فأنزلت فى بيت اميمة بنت النعمان بن شراحيل فى نخل ومعها دايتها فدخل عليها رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لها هبى لى نفسك فقالت وهل تهب الملكة نفسها للسوقة ، فأهوى ليضع يده عليها فقالت أعوذ بالله منك فقال : قد عذت بمعاذ ، ثم خرج فقال : يا أسيد اكسها رازقيين والحقها بأهلها ، وفى صحيح مسلم عن سهل بن سعد : ذكرت لرسول الله (ص) امرأة

من العرب فأمر أبا أسيد أن يرسل اليها فأرسل اليها فقدمت فنزلت فى أجم بنى ساعدة ، فدخل رسول الله صلى الله عليه وسلم عليها فلما كلمها قالت : أعوذ بالله منك قال قد أعذتك منى ، فقالوا لها : أتدرين من هذا ؟ قالت لا ، قالوا هذا رسول الله صلى الله عليه وسلم جاء ليخطبك والظاهر أنها هى الجونية ، لأن سهلا قال فى حديثه : فأمر أبا أسيد أن يرسل اليها . فالقصة واحدة دارت على عائشة رضى الله عنها وأبى أسيد وسهل بن سعد وكل منهم رواها وألفاظهم فيها متقاربة ويبقى التعارض بين قوله : جاء ليخطبك وبين قوله : فلما دخل عليها ودنا منها ، فإما أن يكون أحد اللفظين وهماً ، أو الدخول ليس دخول الرجل على امرأته ، بل الدخول العام . وهذا محتمل

وحديث ابن عباس فى قصة اسماعيل وابراهيم صريح ، ولم يزل هذا اللفظ من الألفاظ التى يطلق بها فى الجاهلية والإسلام ، ولم يغيره النبى صلى الله عليه وسلم بل أقرهم عليه . وقد أوقع أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الطلاق وهم القدوة بأنت حرام وأمرك بيدك واختارى ووهبتك لأهلك وأنت خلية ، وقد خلوت منى وأنت بريئة وقد أبرأتك وأنت مبرأة وحبلك على غاربك وأنت الحروج ، فقال على وابن عمر رضى الله عنهما . الخلية ثلاث . وقال عمر رضى الله عنه : واحدة وهو أحق بها .

وفرق معاوية رضى الله عنه بين رجل وامرأته قال لها : ان خرجت فأنت خلية ، وقال على وابن عمر وزيد فى البرية أنها ثلاث . وقال عمر هى واحدة وهو أحق بها . وقال على فى الحروج هى ثلاث . وقال عمر واحدة

قال : والله تعالى ذكر الطلاق ولم يعين له لفظا ، فعلم أنه رد الناس إلى ما يتعارفونه طلاقا ، فأى لفظ جرى عرفهم به وقع به الطلاق مع النية ، والألفاظ التى لا تراد لعينها بل للدلالة على مقاصد لافظها ، فإذا تكلم بلفظ دال على معنى وقصد به ذلك المعنى ترتب عليه حكمه ، ولهذا يقع الطلاق من العجمى والتركى والهندى بألسنتهم ، بل لو طلق أحدهم بصريح الطلاق بالعربية ولم يفهم معناه لم يقع به شىء قطعاً . فإنه تكلم بما لا يفهم معناه ولا قصده ، وقد دل حديث كعب بن مالك على أن الطلاق لا يقع بهذا اللفظ وأمثاله إلا بالنية .

والصواب أن ذلك جار فى سائر الألفاظ صريحها وكنايتها . ولا فرق بين ألفاظ العتق والطلاق ، فلو قال غلامى غلام حر لا يأتى الفواحش ، أو أمتى حرة لا تبغى الفجور ولم يخطر بباله العتق ولا نواه لم يعتق بذلك قطعاً ، وكذلك لو كان معه امرأته فى طريق فقيل له أين امرأتك ؟ فقال فارقتها أو سرح شعرها وقال سرحتها ولم يرد طلاقها لم تطلق . وكذا إذا ضربها الطلق وقال لغيره إخباراً عنها بذلك انها طالق لم تطلق بذلك ، وكذلك إذا كانت المرأة فى وثاق فأطلقت منه فقال لها : أنت طالق وأراد من الوثاق .

هذا كله مذهب مالك وأحمد فى بعض هذه الصور وبعضها نظير ما نص عليه ولا يقع به الطلاق حتى ينويه ويأتى بلفظ دال عليه ، فلو تفرد أحد الأمرين عن الآخر لم يقع الطلاق ولا العتاق ، وتقسيم الألفاظ الى صريح وكناية ، وان كان تقسيما صحيحا فى أصل الوضع ، لكن يختلف باختلاف الاشخاص والأزمنة والامكنة فليس حكما ثابتاً للفظ لذاته ، فرب لفظ صريح عند قوم كناية عند آخرين أو صريح فى زمان أو مكان كناية فى غير ذلك الزمان والمكان . والواقع شاهد بذلك ، فهذا لفظ السراح لا يكاد أحد يستعمله فى الطلاق لا صريحاً ولا كناية فلا يسوغ أن يقال : ان من تكلم به لزمه طلاق امرأته نواه أو لم ينوه ويدعى أنه ثبت له عرف الشرع والاستعمال ، فإن هذه دعوة باطلة شرعا واستعمالا . أما الاستعمال فلا يكاد أحد يطلق به البتة . وأما الشرع فقد استعمله فى غير الطلاق كقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها فمتعوهن وسرحوهن سراحا جميلا) فهذا السراح غير الطلاق قطعاً .

وكذلك الفراق استعمله الشرع فى غير الطلاق كقوله تعالى (يا أيها النبى إذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن — الى قوله — فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، فالامساك هنا الرجعة والمفارقة ترك الرجعة لا انشاء طلقة ثانية . هذا مما لا خلاف فيه البتة : فلا يجوز أن يقال : ان من تكلم به طلقت زوجته ، فهم معناه أو لم يفهم ، وكلاهما فى البطلان سواء .

وقال فى البيان : ان قال له رجل : أخليّت امرأتك أو أبنتها ؟ وما أشبه ذلك

من الكنايات فقال الزوج نعم ، فإن اعترف الزوج أنه نوى الطلاق بذلك كان إقراراً منه بالطلاق ، وإن لم يعترف أنه نوى بذلك الطلاق لم يلزمه شيء اه

(فرع) وإذا خاطبها بشيء من الكنايات التي يقع بها الطلاق بأن قال : أنت خلية ، فإن لم ينو الطلاق في اللفظ وإنما نواه قبله أو بعده لم يكن لهذه النية حكم لأنها لم تقارن اللفظ ولا بعضه ، فهو كما لو نوى الطلاق من غير لفظ ، وإن نوى الطلاق في بعض اللفظ بأن نوى الطلاق في قوله : أنت — وعريت نيته في قوله خلية ، أو نوى الطلاق في قوله خلية دون قوله أنت ، أو نوى في سائر حروف ذلك ، ففيه وجهان

(أحدهما) يقع الطلاق — قال الشيخ أبو حامد وهو المذهب ، لأن النية إذا قارنت بعض الشيء عمته أو استصحب حكمها إلى آخره وإن عريت في أثنائه صح كالعبادات من الطهارة والصلاة إذا قارنها النية في أولها ، ذكراً واستصحب حكمها في باقيها .

(والثاني) لا يطلق . قال الشيخ أبو اسحاق : وهو ظاهر النص ، لأن النية قارنت لفظا لا يصلح للطلاق . وأما الألفاظ التي لا تدل على الفراق إذا خاطبها به ، كقوله بارك الله فيك وما أحسن وجهك وأطعميني واسقيني . قومي واقعدي وما أشبه ذلك فلا يقع به الطلاق وإن نواه ، لأنها لا تصلح للفرقة ، فلو أوقعنا الطلاق بذلك لأوقعنا الطلاق بمجرد النية ، والطلاق لا يقع بالنية من غير لفظ . واختلف أصحابنا هل للفارسية صريح في الطلاق؟ فذهب أكثرهم إلى أن له صريحا في لغتهم كما نقول في لغة العرب . وقال أبو سعيد الاصطخري : لا صريح له في لغتهم .

ومثل هذا يقال في اللغة الانجليزية كقوله « توبي دايفورسد » فإنها تحتمل الطلاق ، فإذا نواه من لا يتكلم إلا بالانجليزيه أو يتكلم بغيرها مخاطبا زوجته التي لا تفهم إلا الإنجليزية وقع الطلاق .

ومثل هذا يقال في اللغة الفرنسية اذا قال من لا يتكلم الا بها « رنفوييه » أو يتكلم بغيرها لمن لا تحسن التخاطب الا بها فإنه يقع طلاقه اذا نواه . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا قال لامرأته اختارى أو أمرك بيدك ، فقالت اخترت لم يقع الطلاق حتى ينويا لأنه كناية لأنها تحتمل الطلاق وغيره فلم يقع به الطلاق حتى يتفقا على نية الطلاق . وان قال اختارى ونوى اختيار الطلاق ، أو قال أمرك بيدك ونوى تمليك أمر الطلاق فقالت اخترت الزوج لم يقع الطلاق : لما روت عائشة رضى الله عنها قالت « خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترناه » فلم يجعل ذلك طلاقا ، ولأن اختيار الزوج اختيار النكاح لا يحتمل غيره فلم يقع به الطلاق ، فإن قالت اخترت نفسى لم يقع الطلاق حتى تنوى الطلاق لأنه يحتمل أن يكون معناه اخترت نفسى للنكاح ويحتمل اخترت نفسى للطلاق ، ولهذا لو صرحت به جاز فلم يقع به الطلاق من غير نية . وان قالت : اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان :

(أحدهما) وهو قول أبى اسحاق انه لا يقع لأن الزوج من الأزواج .

(والثانى) يقع وهو الأظهر عندى لأنها لا تحل للأزواج الا بمفارقته ، كما لو قال لها الزوج تزوجى ونوى به الطلاق

وان قالت اخترت أبوى ونوت الطلاق ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع الطلاق ، لأن اختيار الابوين لا يقتضى فراق الزوج (والثانى) أنه يقع لأنه يتضمن العود اليهما بالطلاق ، فصار كقوله الحقى بأهلك . وان قال لها أمرك بيدك ونوى به ايقاع الطلاق ففيه وجهان

(أحدهما) لا يقع الطلاق لأنه صريح فى تمليك الطلاق وتعليقه على قبولها فلم يجز صرفه الى الإيقاع (والثانى) أنه يقع لأن اللفظ يحتمل الإيقاع فهو كقوله حبلك على غاربك .

(الشرح) حديث عائشة رواه الستة وأحمد . وقد مضى تخريجه وألفاظه .

أما الاحكام فإنه يجوز للزوج أن يخير زوجته فيقول لها اختارى أو أمرك بيدك لقوله تعالى « يا أيها النبى قل لأزواجك ان كنتن تردن الحياة الدنيا وزينتها فتعالين أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا » الآية تخير النبى (ص) نساءه فاخترنه

إذا ثبت هـذا فقال لزوجته اختاري ، واختارت زوجها لم يقع عليها الطلاق . وبه قال ابن عمر وابن عباس وابن مسعود وعائشـه . وبه قال أكثر الفقهـاء . وروى عن على بن أبى طالب وزيد بن ثابت روايتان إحداهما كقولنا ، والثانية أنها إذا اختارت زوجها وقع عليها طلقة واحدة رجعية ، وبه قال الحسن البصرى وربيعة . دليلنا ما روى أن رجلا سأل عائشـة عن رجل خير زوجته فاختارته أكان ذلك طلاقا ؟ فقالت « خير رسول الله صلى الله عليه وسلم نساءه فاخترنه ، ولم يجعل ذلك طلاقا » وهى أعلم الناس بهذه القصة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم بدأ بها . وإن اختارت نفسها فهو كناية فى الطلاق ، فإن نويا الطلاق وقع الطلاق وإن نوى أحدهما دون الاخر لم يقع الطلاق ، لأن الزوج إذا لم ينو لم يقع الطلاق لأنه لم يجعل اليها الطلاق . وإن نوى الزوج ولم تنو الزوجة لم يقع ، لأنها لم توقع الطلاق . هذا مذهبنا

وقال مالك هو صريح ، فإذا اختارت الطلاق وقع سـواء نويا أو لم ينويا . وقال أبو حنيفة لا يفتقر إلى نية الزوجة . دليلنا أن قوله اختارى يحتمل الطلاق وغيره . وكذلك قولها اخترت نفسى يحتمل الطلاق وغيره . وما كان هذا سبيله فلا بد فيه من النية كسائر الكنايات . وهل من شرط اختيارها لنفسها أن يكون على الفور بحيث يصلح أن يكون جواباً لكلامه ؟ أو يجوز اذا وقع منها فى المجلس قبل أن تخوض المرأة فى حديث غيره ، على وجهين مضى ذكرهما

وإن قالت المرأة اخترت الأزواج ونوت الطلاق ففيه وجهان : أحدهما لا يقع الطلاق ، لأن زوجهـا من الأزواج . والثانى يقع عليها الطلاق . قال الشيخ أبو إسحق الشـيرازى : وهو الأظهر عندى ، لأنها لا تحل للأزواج الا بعد مفارقتها لهـذا .

وإن قالت اخترت أبوى ونوت الطلاق ففيه وجهان (أحـدهما) لا يقع الطلاق ، لأن ذلك لا يتضمن فراق الزوج (والثانى) يقع لأنه يتضمن العود اليهما بالطلاق . وإن قال لها أمرك بيدك ونوى به إيقاع الطلاق . قال أصحابنا فيه وجهان (أحدهما) يقع الطلاق قبل أن تختار ، لأنه يحتمل الطلاق فكان كقوله : حبلك على غاربك .

(والثانى) لا يقع عليها الطلاق لأنه صريح فى تملكها الطلاق ، ووقوعه لقبولها ، فلا يجوز صرفه إلى الإيقاع

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال لامرأته : أنت علىّ حرام ونوى به الطلاق فهو طلاق ، لأنه يحتمل التحريم بالطلاق ، وإن نوى به الظهار فهو ظهار ، لأنه يحتمل التحريم بالظهار ولا يكون ظهارا ولا طلاقا من غير نية لأنه ليس بصريح فى واحد منهما . وإن نوى تحريم عينها لم تحرم : لما روى سعيد بن جبير قال : جاء رجل الى ابن عباس رضى الله عنه فقال : إنى جعلت امرأتى علىّ حراما . قال كذبت ليست عليك بحرام ، ثم تلا « يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة أزواجك والله غفور رحيم ، قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » إلى آخر الاية . ويجب عليه بذلك كفارة يمين ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم حرم مارية القبطية أم ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فأنزل الله عز وجل : يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك تبتغى مرضاة أزواجك والله غفور رحيم . قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم والله مولاكم ، فوجبت الكفارة فى الأمة بالاية . وقسنا الحرة عليها لأنها فى معناها فى تحليل البضع وتحريمه .

وإن قال أنت علىّ حرام ولم ينو شيئا ففيه قولان :

(أحدهما) يجب عليه الكفارة ، فعلى هذا يكون هذا اللفظ صريحا فى إيجاب الكفارة ، لأن كل كفارة وجبت بالكناية مع النية كان لوجوبها صريح ككفارة الظهار (والثانى) لا يجب ، فعلى هذا لا يكون هذا اللفظ صريحا فى شىء ، لأن ما كان كناية فى جنس لا يكون صريحا فى ذلك الجنس ، ككنايات الطلاق . وان قال لأمته : أنت علىّ حرام ، فإن نوى به العتق كان عتقا ، لأنه يحتمل أنه أراد تحريمها بالعتق ، وإن نوى الظهار لم يكن ظهارا لأن الظهار لا يصح من الأمة ، وان نوى تحريم عينها لم تحرم ووجب عليه كفارة يمين لما ذكرناه ، وان لم يكن له نية ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال يجب عليه الكفارة قولا واحداً لعموم الاية . ومنهم من قال : فيه قولان كالقولين فى الزوجة لما ذكرناه ،

وإن كان له نسوة أو إماء فقال: أنتن على حرام ففي الكفارة قولان (أحدهما) يجب لكل واحدة كفارة (والثاني) يجب كفارة واحدة كالقولين فيمن ظاهر من نسوة وإن قال لامرأته أنت علىّ كالميتة والدم ، فإن نوى به الطلاق فهو طلاق ، وإن نوى به الظهار فهو ظهار ، وإن نوى به تحريمها لم تحرم ، وعليه كفارة يمين لما ذكرناه في لفظ التحريم . وإن لم ينو شيئا فإن قلنا إن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة لزمته الكفارة ، لأن ذلك كناية عنه . وإن قلنا إنه كناية لم يلزمه شيء ، لأن الكناية لا يكون لها كنايه .

(الشرح) خبر سعيد بن جبير ثبت في صحيح البخاري أنه سمع ابن عباس يقول : إذا حرم امرأته فليس بشيء ، لكم في رسول الله أسوة حسنة . وقد روى هذا عن عمر رضي الله عنه قال عبد الرزاق عن معمر عن يحيي بن أبي كثير وأيوب السختياني كلاهما عن عكرمة عن عمر قال : هي يمين ، يعني التحريم . وروى اسماعيل بن اسحاق حدثنا المقدمي حدثنا حماد بن زيد عن صخر بن جويريه عن نافع عن ابن عمر قال : الحرام يمين .

أما قوله تعالى « يا أيها النبي لم تحرم » الاية ، فقد ثبت في الصحيحين « أنه صلى الله عليه وسلم شرب عسلا في بيت ميمونة ، فاحتالت عليه عائشة وحفصة حتى قال : لن أعود له — وفي لفظ — وقد حلفت »

وفي سنن النسائي عن أنس « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له أمة يطؤها فلم تزل به عائشة رضي الله عنها وحفصة حتى حرمها ، فأنزل الله تعالى : يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك »

وفي جامع الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت « آلى رسول الله (ص) من نسائه وحرم فجعل الحرام حلالا وجعل في اليمين كفارة . قال الترمذي : هكذا رواه مسلم بن علقمة عن داود عن الشعبي عن مسروق عن عائشة ، ورواه علي بن مسهر وغيره عن الشعبي عن النبي صلى الله عليه وسلم مرسلا وهو أصح . اه

وقولها « جعل الحرام حلالا » أي جعل الذي حرمه وهو العسل أو الجارية

حلالا بعد تحريمه إياه . قال الواحدي : قال المفسرون : كان النبي صلى الله عليه وسلم في بيت حفصة فزارت أباها فلما رجعت أبصرت مارية في بيتها مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم تدخل حتى خرجت مارية ثم دخلت . فلما رأى النبي (ص) في وجه حفصة الغيرة والكآبة قال لها : لا تخبري عائشة ولك علىّ أن لا أقربها أبداً ، فأخبرت حفصة عائشة – وكانتا متصافيتين – فغضبت عائشة ، ولم تزل بالنبي صلى الله عليه وسلم حتى حلف أن لا يقرب مارية ، فأنزل الله هذه السورة (التحريم)

وقال القرطبي : أكثر المفسرين على أن الآية نزلت في حفصة (وذكر القصة) وقال العلامة صديق خان في نيل المرام : والجمع ممكن بوقوع القصتين . قصة العسل وقصة مارية وأن القرآن نزل فيهما جميعاً

وقال الليث بن سعد عن يزيد بن أبي حبيب عن عبد الله بن هبيرة عن قبيصة ابن ذؤيب قال : سألت زيد بن ثابت وابن عمر رضي الله عنهم عمن قال لامرأته أنت على حرام فقالا جميعا كفارة يمين . وقال عبد الرزاق عن ابن عيينة عن ابن أبي نجيح عن مجاهد عن ابن مسعود رضي الله عنه قال في التحريم . هي يمين يكفرها . قال أبو محمد بن حزم : وروى ذلك عن أبي بكر الصديق وعائشة أم المؤمنين رضي الله عنهما .

أما اللغات فقوله « مرضاة » اسم مصدر وهو الرضا . وقوله « تحلة » هي تحللة تفعلة من الحلال فأدغمت أي يحل بها ما كان حراما .

أما الأحكام : فإذا قال لزوجته أنت حرام علي – فإن نوى به الطلاق كان طلاقا ، وان نوى به الظهار – وهو أن ينوي أنها محرمة كحرمة ظهر أمه كان مظاهراً ، وإن نوى تحريم عينها أو تحريم وطئها أو فرجها بلا طلاق وجب كفارة يمين وإن لم يكن يميناً

وإن لم ينو شيئا ففيه قولان (أحدهما) يجب عليه كفارة يمين فيكون هذا صريحا في إيجاب الكفارة (والثاني) لا يجب عليه شيء فيكون هذا كناية في إيجاب الكفارة ويأتي توجيههما

وأما إذا قال لأمته : أنت حرام على - فإن نوى عتقها عتقت ، وإن نوى الظهار أو أراد به الطلاق أو كليهما فقد قال عامة أصحابنا : لا يلزمه شيء ، لأن الطلاق والظهار لا يصحان من السيد فى أمته .

وقال ابن الصباغ : عندى أنه اذا نوى الظهار لا يكون ظهارا أو يكون بمنزلة مالو نوى تحريمها ؛ لأن معنى الظهار أن ينوى أنها عليه كظهر أمه فى التحريم ، وهذه نية التحريم المتأكد ، وان نوى تحريم عينها وجب عليه كفارة اليمين ، وان طلق ولم ينو شيئا فاختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال فيه قولان كالزوجة ، ومنهم من قال تجب الكفارة قولا واحدا ، لأن النص ورد فيها والزوجة مقيسة عليها ، فهذا جملة المذهب

وقد اختلف الصحابة فيمن قال لزوجته : أنت على حرام ، واختلف فقهاء الامصار فى هذه المسألة حتى ذهبوا فيها عشرين مذهبا . فذهب أبو بكر الصديق رضى الله عنه وعائشة الى أن ذلك يمين تكفر . وبه قال الاوزاعى . وقال عمر ابن الخطاب طلقة رجعية وبه قال الزهرى . وقال عثمان هو ظهار ، وبه قال أحمد وقال هو ظهار بإطلاقه نواه أو لم ينوه إن لم يصرفه بالنية الى الطلاق أو اليمين فينصرف الى مانواه .

هذا ظاهر مذهب أحمد وعنه رواية ثانية أنه بإطلاقه يمين الا أن يصرفه بالنية الى الظهار أو الطلاق فينصرف إلى ما نواه . وعنه رواية ثالثة أنه ظهار بكل حال . ولو نوى غيره ، وفيه رواية رابعة حكاها أبو الحسين فى فروعه أنه طلاق بائن ، ولو وصله بقوله أعنى به فعنه فيه روايتان : احداهما أنه طلاق فعلى هذا هل تلزمه الثلاث أو واحدة على روايتين ، والثانية أنه ظهار أيضا ، كما لو قال أنت على كظهر أمى ، أعنى به الطلاق . هذا ملخص مذهبه كما أفاده ابن القيم فى الهدى . وقال على بن أبى طالب وزيد بن ثابت وابو هريرة : يقع به الطلاق الثلاث . ذكر هذا العمرانى فى البيان ، ونعى ابن القيم على ابن حزم عزوه هذا القول الى على وزيد بن ثابت وابن عمر فقال : الثابت ما رواه هو من طريق الليث بن سعد عن يزيد بن أبى حبيب عن ابى هبيرة عن قبيصة انه سأل زيد بن ثابت وابن عمر عمن قال لامرأته : أنت علىّ حرام ، فقالا جميعا كفارة يمين ،

ولم يصح عنهما خلاف ذلك . وأما علي كرم الله وجهه فقد روى أبو محمد من طريق يحيى القطان حدثنا اسماعيل بن أبي خالد عن الشعبي قال : يقول رجال في الحرام : هي حرام حتى تنكح زوجا غيره ولا والله ما قال ذلك علي كرم الله وجهه وإنما قال علي : ما أنا بمحلها ولا بمحرمها عليك ، إن شئت فتقدم وإن شئت فتأخر . وأما الحسن رضي الله عنه فقد روى أبو محمد بن حزم من طريق قتادة عنه أنه قال : كل حلال علي حرام فهو يمين ، ولعل أبا محمد غلط على علي وزيد وابن عمر من مسألة الخلية والبرية والبتة : فإن أحمد حكى عنهم أنها ثلاث وقال هو عن علي وابن عمر صحيح . فوهم أبو محمد وحكاه في أنت علي حرام وهو وهم ظاهر ، فإنهم فرقوا بين التحريم فأفتوا فيه بأنه يمين ، وبين الخلية فأفتوا فيها بثلاث ، ولا أعلم أحداً قال : إنه ثلاث بكل حال اه

قلت : والحرام طلاق ثلاث هو المعروف من مذهب مالك وابن أبي ليلى في المدخول بها . أما غير المدخول بها فإنه يقع مانواه من واحدة واثنتين وثلاث فإن أطلق فواحدة . وإن قال لم أرد طلاقا ، فإن كان تقدم كلام يجوز صرفه اليه قبل منه وإن كان ابتداء لم يقبل .

وعند ابن عباس في إحدى الروايتين هو كفارة يمين . وهو قولنا . واختلف الناس بعد الصحابة في هذه الكلمة ، فقال أبو سلمة بن عبد الرحمن ومسروق : لا يجب فيها شيء .

وقال حماد بن أبي سليمان : هو طلقة بائنة . وقال أبو حنيفة : إن نوى الطلاق كان طلاقا ، وإن نوى الظهار كان ظهارا . وان نوى طلقة كانت بائنة وإن نوى اثنتين كانت واحدة . وان نوى الثلاث وقع الثلاث ، وإن لم ينو شيئا كان موليا فإن فاء في المدة كفر ، وان لم يفيء حتى انقضت المدة بانت منه .

وقال سفيان الثوري : ان نوى به واحدة فهي واحدة وان نوى ثلاثاً فهي ثلاث وان نوى يمينا فهي يمين ، وان لم ينو شيئا فهي كذبة

دليلنا ما روى ابن عباس في صحيح مسلم : إذا حرم الرجل إمرأته فهي يمين يكفرها وتلا قوله « لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة » ولأن اللفظ يحتمل

الانشاء والإخبار ، فإن أراد الإخبار فقد استعمله فيما هو صالح له فيقبل منه ، وان أراد الإنشاء سئل عن السبب الذى حرمها به .

فإن قال : أردت واحـــدة أو اثنتين أو ثلاثاً قبل منه لصلاحية اللفظ له واقترانه بنيته ، وان نوى الظهار كان كذلك لأنه صرح بموجب الظهار لأن قوله أنت علىّ كظهر أمى موجبه التحريم ، فإذا نوى ذلك بلفظ التحريم كان ظهاراً واحتماله للطلاق بالنية لا يزيد على احتماله للظهار بها ، وإن أراد تحريمها مطلقاً فهو يمين مكفرة لأنه امتناع منها بالتحريم فهو كامتناعه منها باليمين .

وروينا عن ابن عباس « أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى منزل حفصة فلم يجدها وكانت عند أبيها ، فاستـدعى جاريته مارية القبطية ، فأتت حفصة فقالت : يا رسول الله فى بيتى وفى نومى وعلى فراشى ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أرضيك وأسر اليك سراً فاكتميه ، هى علىّ حرام ، فأنزل الله تعالى « يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك ؟ تبتغى مرضاة أزواجك ؟ الآية » فقال : لم تحرم ؟ ولم يقل : لم تحلف ؟ أو لم تطلق ، أو لم تظاهر ، ولم تولى ، فإذا ثبت هذا فى الأمة قسنا الزوجة عليها لأنها فى معناها فى تحليل البضع وتحريمه .

وروى عن ابن عبـاس أن النبى صلى الله عليه وسـلم حرم على نفسه جاريته مارية ، فأنزل الله تعالى « يا أيها النبى لم تحرم ما أحل الله لك » الآية ، فأمر النبى صلى الله عليه وسـلم من حرم على نفسه حلالا له أن يعتق رقبة أو يطعم عشرة مساكين أو يكسوهم .

فإذا قلنا : ان لفظة الحرام صريح فى ايجاب الكفارة فوجهه حديث ابن عباس ولأن كل كفارة وجبت بالكناية مع النية وجب أن يكون لوجوب تلك الكفارة صريح كالظهار ، وبيان هذا أنه اذا قال لامرأته : أنت علىّ حرام ونوى به الظهار وجب عليه كفارة الظهار وكان كناية عن الظهار ، ثم كان للظهار صريح وهو قوله أنت علىّ كظهر أمى ، كذلك كفارة التحريم لما وجب بالكفارة مع النية ، وهو قوله : أنت علىّ حرام كالميتة والدم ونوى به تحريم عينها وجب أن يكون لهذه الكفارة صريح ، وهو قوله : أنت على حرام كالميتة

وإذا قلنا إن التحريم كناية لا يجب به شىء من غير نية فوجهه أن كل ما كان

كناية فى جنس لم يكن صريحاً فى ذلك الجنس ، كقوله : أنت خلية

(فرع) إذا قال لامرأته : أنت كالميتة والدم — فإن نوى به الطلاق — كان طلاقا ، وان نوى به الظهار كان ظهارا لأنه يصلح لها ، وان لم ينو شيئا لم يكن عليه شيء لأنها كناية تعرت عن النية فلم تعمل فى التحريم

وإن قال نويت بها أنت على حرام — فإن قلنا إن قوله أنت على حرام صريح فى إيجاب الكفارة وجب عليه الكفارة ، لأن الصريح له كناية ، وان قلنا ان التحريم كناية فى إيجاب الكفارة لم يجب عليه ههنا كفارة ، لأن الكناية لا تكون لها كناية . هكذا ذكر الشيخ أبو حامد

وذكر الشيخ أبو إسحاق والمحاملى أنه إذا نوى بذلك تحريم عينها لزمته الكفارة

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وإن نوى إصابته قلنا له : أصبت وكفر وجملة ذلك أنه إذا قال لامرأته : إصابتك على حرام أو فرجك على حرام ، أو قال أنت على حرام ثم قال نويت به إصابتك فيجب عليه الكفارة لأن موضع الإصابة هو الفرج إلا أن ينوى به الطلاق أو الظهار فيقع ما نواه

وقول الشافعى : أصبت وكفر ، أراد أن يبين أن له أن يطأها قبل أن يكفر بخلاف المظاهرة .

وإن قال لها أنت على حرام ثم قال نويت ان أصبتها فهى حرام ، لم يقبل قوله فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ، ويدين فيها بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

(فرع) إذا قال الرجل : كل ما أملك على حرام — فإن كان له مال ولا زوجات له ولا إماء لم ينعقد بهذا اللفظ يمين ولا يجب عليه شيء . وقال أبو حنيفة يكون معناه والله لا انتفعت بمالى ، فإن انتفع به حنث ووجب عليه كفارة يمين دليلنا أن التحريم ليس بيمين فلم يجب به كفارة فى الأموال كغيره من الألفاظ ، ويخالف الأبضاع ، فإن للتحريم تأثيراً فى الابضاع بالرضاع والظهار والعتق والطلاق فأثره التحريم

وأما إذا كان له زوجات وإماء ، فإن نوى طلاق نسائه وعتق إمائه أو

الظهار فى النساء والعتق فى الإماء حمل على مانوى ، وإن نوى تحريم أعيانهن وجب عليه الكفارة وإن أطلق .

فإن قلنا إنه صريح فى إيجاب الكفارة وجب عليه الكفارة ، وإن قلنا إنه كناية فى إيجاب الكفارة لم تجب عليه الكفارة

إذا ثبت هذا فإن كان له زوجة واحدة أو أمة واحدة ونوى تحريم عينها ، أو قلنا إنه صريح فى إيجاب الكفارة وجب عليه كفارة واحدة ، وإن كان له زوجات وإماء ونوى الظهار عن زوجاته ، فهل يجب عليه كفارة أو كفارتان ؟ فيه قولان يأتى توجيهما فى الظهار . وإن نوى تحريم أعيانهن فن أصحابنا من قال فيه قولان كالظهار . ومنهم من قال : يجب عليه كفارة واحدة قولا واحداً ، كما لو قال لأربع نسوة والله لا أصبتكن فأصابهن ، فإنه لا يجب عليه إلا كفارة واحدة . هذا نقل البغداديين

وقال المسعودى : إذا قال الرجل : حلال الله علىّ حرام فقد قال المتقدمون من أصحابنا : ذلك كناية . وقال المتأخرون منهم : انه صريح لأنه أكثر استعمالهم لذلك ، وكان القفال إذا استفتاه واحد عن هذا قال له : ان سمعت هذا من غيرك قاله لامرأته ماذا كنت تفهم منه ؟ فإن قال : فهمت منه الصريح ، قال هو صريح لك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا كتب طلاق امرأته بلفظ صريح ولم ينو لم يقع الطلاق ، لأن الكتابة تحتمل ايقاع الطلاق وتحتمل امتحان الخط ، فلم يقع الطلاق بمجردها ، وان نوى بها الطلاق ففيه قولان ، قال فى الاملاء : لا يقع به الطلاق لأنه فعل ممن يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالاشارة

وقال فى الأم هو طلاق وهو الصحيح ، لأنها حروف يفهم منها الطلاق فجاز أن يقع بها الطلاق كالنطق . فإذا قلنا بهذا فهل يقع بها الطلاق من الحاضر والغائب فيه وجهان (أحدهما) أنه لا يقع بها الا فى حق الغائب لأنه جعل فى العرف لإفهام الغائب كما جعلت الإشارة لافهام الأخرس ، ثم لا يقع الطلاق بالاشارة الا فى

حق الاخرس ، وكذلك لا يقع الطلاق بالكتابة الا فى حق الغائب (والثانى) أنه يقع بها من الجميع ، لأنها كناية فاستوى فيها الحاضر والغائب كسائر الكنايات .

(فصل) فإن أشار الى الطلاق — فان كان لا يقدر على الكلام كالأخرس صح طلاقه بالاشارة ، وتكون اشارته صريحا لأنه لا طريق له الى الطلاق الا بالاشـارة ، وحاجته الى الطلاق كحاجة غيره . فقامت الاشارة مقام العبارة ، وان كان قادراً على الكلام لم يصح طلاقه بالاشـارة ، لأن الاشارة الى الطلاق ليست بطلاق ، وإنما قامت مقام العبارة فى حق الاخرس لموضع الضرورة . ولا ضرورة ههنا فلم تقم مقام العبارة

(الشرح) الاحكام : اذا كتب طلاق امرأته وتلفظ به وقع الطلاق . لأنه لو تلفظ به ولم يكتبه وقع الطلاق ، فكذلك اذا كتبه ولفظ به . وان كتب طلاقها ولم يلفظ به ولا نواه لم يقع الطلاق ، وبه قال مالك وأبو حنيفة . وقال أحمد : يقع به الطلاق ، وحكاه أبو على الشيخى وجها لبعض أصحابنـا وليس بمشهور ، لأن الكتابة قد يقصد بها الحكاية ، وقد يقصد بها تجويد الخط فلم يقع به الطلاق وبه قال أبو حنيفة وأحمد وهو الصحيح ، فوجهه أن الانسان يعبر عما فى نفسه بكتابته كما يعبر عنه بلسانه ، ولهذا قيل : القلم أحد اللسانين . وقد ثبت أنه لو عبر عن الطلاق باللسان لوقع فكذلك اذا عبر عنه بالكتابة

واذا قلنا : لا يقع به الطلاق فوجهه أنه فعل من يقدر على القول فلم يقع به الطلاق كالاشارة ، وفيه احتراز من اشارة الاخرس

اذا ثبت هذا — فان قلنا لا يقع به الطلاق — فلا تفريع عليه ؛ وان قلنا يقع به الطلاق ـ فان كانت غائبة عنه وكتب بطلاقها ـ وقع ، وان كانت حاضرة معه فهل يقع طلاقها بكتابته ؟ فيه وجهان

(أحـدهما) لا يقع لأن الكتابة انما جعلت كالعبارة فى حق الغائب دون الحاضر ، كالاشارة فى حق الاخرس دون الناطق (والثانى) يقع لأنه كناية فى الطلاق فصحت من الغائب والحاضر كسائر الكنايات

(فرع) اذا كتب امرأته طالق ونواه وقع عليها سواء وصلها أو لم يصلها

إياه ، وإن كتب : إذا وصلك كتابي هذا سليما فأنت طالق . ونواه — فإن وصلها سليما لوجود الصفة ، وإن ضاع الكتاب ولم يصلها لم يقع الطلاق ، لأن الصفة لم توجد ، وإن أتاها الكتاب — وقد تحرقت الحواشي — وقع عليها الطلاق لأن الحرق لم يتناول الكتابة .

وإن وصلها الكتاب وقد انمحى جميع الكتاب حتى صار القرطاس أبيض أو انطمس حتى لا يفهم منه شيء لم يقع الطلاق ، لأن الكتاب هو المكتوب ؛ وإن انمحى موضع الطلاق لم تطلق لأن المقصود لم يأتها ، وإن انمحى جميعه إلا موضع الطلاق — اختلف أصحابنا — فقال أبو إسحاق المروزي : يقع الطلاق لأن المقصود من الكتاب موضع الطلاق . وقد أتاها . ومنهم من قال لا يقع لأن قوله كتابي هذا . يقتضي جميعه ولم يوجد ذلك ، وإن قال إذا أتاك كتابي فأنت طالق ، وأتاها الكتاب . وقع عليها الطلاق لوجود الصفتين

(فرع) قال المسعودي : إذا قال : إذا قرأت كتابي فأنت طالق ، فلا تطلق ما لم تقرأه بنفسها ان كانت تحسن القراءة أو يقرأ عليها ان كانت أمية . وحكى الصيمري وجها آخر : اذا قرىء عليها لم تطلق ، لأن حقيقة الوصف لم توجد

(فرع) قال الشافعي رضي الله عنه : واذا شهد عليه أنه خطه لم يلزمه حتى يقر به ، وهذا كما قال ، فإنه اذا شهد رجلان على رجل بأن هذا الكتاب خطه بطلاق امرأته فلا يجوز لهما أن يشهدا الا اذا رأياه يكتبه ولم يغب الكتاب عن أعينهما فأما اذا رأياه يكتبه ثم غاب الكتاب عن أعينهما لم يجز لهما أن يشهدا به ، لأن الخط قد يزور على الخط . واذا ثبت أنه خطه بالشهادة أو بالإقرار لم يحكم عليه الطلاق الا اذا أقر أنه نوى الطلاق ، لأن ذلك لا يعلم الا من جهته ، وهذا مراد الشافعي بقوله : حتى يقر به

(مسألة) قوله : فان أشار الى الطلاق الخ ، وهذا كما قال ، فإن أشار الناطق الى الطلاق ونواه لم يقع الطلاق به ، لأن ذلك ليس بصريح ولا كناية . هذا هو المشهور . وقال أبو علي في الافصاح : اذا قلنا ان الكتابة كناية ففي الاشارة وجهان (أحدهما) أنه كناية لأنه علم يعلم به المراد فهو كالكتابة (والثاني) أنه ليس بكناية لأنه ليس من الأعلام الجارية فيما بينهم في فهم المراد .

وان أشار الاخرس الى الطلاق وكانت اشارته مفهومة حكم عليه بالطلاق لأن اشارته كعبارة غيره ، وان كتب الاخرس بطلاق امرأته وأشار الى أنه نواه ، فإن قلنا لا يقع الطلاق بالكتابة فى الناطق لم يقع به من الاخرس ، وان قلنا ان الطلاق يقع من الناطق بالكتابه وقع أيضا من الاخرس . والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب عدد الطلاق والاستثناء فيه ﴾

اذا خاطب امرأته بلفظ من ألفاظ الطلاق كقوله : أنت طالق أو بائن أو بتة أو ما أشبهها ، ونوى طلقتين أو ثلاثا ، وقع لما روى « أن ركانة بن عبد يزيد قال يا رسول الله انى طلقت امرأتى سهيمة البتة ، والله ما أردت الا واحدة ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانة : والله ما أردت الا واحدة ، فردها رسول الله صلى الله عليه وسلم عليه » فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع ، ولأن اللفظ يحتمل العدد بدليل أنه يجوز أن يفسره به ، وهو أن يقول أنت طالق طلقتين أو ثلاثا أو بائن بطلقتين وثلاث وما احتمله اللفظ اذا نواه وقع به الطلاق ، كالكناية

وان قال أنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثا ففيه وجهان

(أحدهما) يقع لأنه يحتمل أن يكون معناه أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين .

(والثانى) لا يقع ما زاد على واحدة لأنه صريح فى واحدة ؛ ولا يحتمل مازاد ، فلو أوقعنا مازاد لكان ايقاع طلاق بالنية من غير لفظ ، وذلك لا يجوز وان قال لها اختارى وقالت المرأة اخترت ــ فان اتفقا على عدد ونوياه ــ وقع ما نوياه . وان اختلفا فنوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع ما زاد على طلقة ، لأن الطلاق يفتقر الى تمليك الزوج وايقاع المرأة واذا نوى أحدهما طلقة ونوى الآخر ما زاد لم يقع لأنه لم يوجد الاذن والايقاع الا فى طلقة فلم يقع ما زاد .

(الشرح) حديث ركانة بن عبد الله رواه الشافعى وأبو داود والدارقطنى وفيه « فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلقها الثانية فى زمان عمر بن الخطاب والثالثة فى زمان عثمان » وقد أخرجه أيضا ابن حبان والحاكم والترمذى وقال : لا يعرف إلا من هذا الوجه . وسألت محمداً - يعنى البخارى عنه - فقال فيه اضطراب . اه

وفى إسناده الزبير بن سعيد الهاشمى وقد ضعفه غير واحد . وقيل إنه متروك وذكر الترمذى عن البخارى أنه يضطرب فيه ، تارة يقال فيه ثلاثا ، وتارة قيل واحدة وأصحها أنها طلقة البتة ، وأن الثلاث ذكرت فيه على المعنى

قال ابن كثير : لكن قد رواه أبو داود من وجه آخر ، وله طرق أخر فهو حسن إن شاء الله . وقال ابن عبد البر تكلموا فى هذا الحديث . وقال الشوكانى : وهو مع ضعفه مضطرب ومعارض ، أما الاضطراب فكما تقدم . وقد أخرج أحمد أنه طلق ركانة امرأته فى مجلس واحد ثلاثا فحزن عليها . وروى ابن اسحق عن ركانة أنه قال : يارسول الله انى طلقتها ثلاثا . قال قد علمت ارجعها . ثم تلا إذا طلقتم النساء » الآية . أخرجه أبو داود

وأما معارضته فبما روى ابن عباس « أن طلاق الثلاث كان واحدة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وسنتين من خلافة عمر ، فقال عمر : إن الناس قد استعجلوا فى أمر كانت لهم فيه أناة فلو أمضيناه عليهم ، فأمضاه عليهم » رواه أحمد ومسلم ، ورواه أبو داود بهذا المعنى ، وهو أصح إسناداً وأوضح متنا من حديث ركانة .

وروى النسائى عن محمود بن لبيد قال : أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا ، فقام غضبان ثم قال : أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم - حتى قام رجل فقال : يا رسول الله ألا أقتله ؟ » قال ابن كثير إسناده جيد .

وقال الحافظ فى بلوغ المرام : رواته موثقون . وفى الباب عن ابن عباس قال « طلق أبو ركانة أم ركانة ، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم : راجع

امرأتك ، فقال : إنى طلقتها ثلاثا ، قال قد علمت ، راجعها ، أخرجه أبو داود ورواه أحمد والحاكم وهو معلول بابن إسحاق فإنه فى سنده

قلت : وقد أعل قوم حديث محمود بن لبيد بأن ابن وهب قد رواه عن مخرمة ابن بكير عن أبيه قال : سمعت محمود بن لبيد فذكره فقالوا إن مخرمة لم يسمع من أبيه بكير بن الأشج وإنما هو كتاب . ولما كان مخرمة ثقة باتفاق المحدثين ؛ قال فيه أحمد بن حنبل ثقة ولم يسمع من أبيه وإنما هو كتاب مخرمة فنظر فيه كل شىء يقول : بلغنى عن سليمان بن يسار فهو من كتاب مخرمة ، ولا ضير فى هذا فإن كتاب أبيه كان محفوظا عنده مضبوطا فلا فرق فى قيام الحجة بالحديث بين ما حدثه به أو رآه فى كتابه ، بل الأخذ عن المكتوب أحوط إذا تيقن الراوى أن هذه نسخة الشيخ بعينها ، وهذه طريقة الصحابة والسلف ، وقد كان رسول الله (ص) يبعث بكتبه الى الملوك وتقوم عليهم بها الحجة . وكتب كتبه إلى عماله فى بلاد الاسلام فعملوا بها واحتجوا بها ، وهو أمر مستفيض

أما الاحكام فإنه اذا قال لامرأته أنت طالق أو طلقتك ـ فان لم ينو عدداً ـ انصرف ذلك الى طلقه ، وان نوى أكثر منها إلا أن يقول : أنت طالق أو طلقت نفسك ثلاثا ، اذا نوى بذلك ثلاثا وقعن ، لأن كل لفظ اقترن به لفظ الثلاث وقعن به ، فإذا اقترن به نية الثلاث وقعن كقوله : أنت الطلاق ، وان خاطبها بشىء من الكنايات ونوى به الطلاق ـ فان لم ينو به العدد انصرف ذلك الى طلقة رجعيه ، وان نوى اثنتين أو ثلاثا انصرف ذلك الى مانواه ، سواء فى ذلك الكنايات الظاهرة أو الباطنه

وقال مالك : الكنايات الظاهرة وهى قوله : أنت خلية وبريه وبته وبتلة وبائن وحرام ، وفارقتك وسرحتك يقع بها الثلاث اذا خاطب بها مدخولا بها ، سواء نوى بها الطلاق أو لم ينو ، وان خاطب بها غير مدخول بها فان لم ينو الطلاق وقع بها الثلاث . وان نوى الطلاق وقع ما نواه .

وأما الكنايات الباطنه وهو قوله : اعتدى واستبرئى رحمك وتقنعى واذهبى وحبلك على غاربك وما أشبهها . فان لم ينو بها العدد كانت طلقه رجعيه وان نوى بها أكثر وقع ما نواه كقولنا

وقال أبو حنيفة : الكنايات الظاهرة إذا نوى بها طلقة وقعت طلقة بائنة ، وان نوى بها طلقتين لم تقع الا واحدة . وان نوى بها ثلاثا وقعت الثلاث . وأما الكنايات الباطنة فلا يقع بها الا طلقة واحدة رجعية ، وان نوى بها أكثر منها دليلنا حديث ركانة بن عبد يزيد أنه طلق امرأته البتة فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : ما أردت بالبتة ؟ قال : والله ما أردت الا واحدة فردها عليه . فدل على أنه لو أراد ما زاد على واحدة لوقع ، وعلى انه لو وقع به الثلاث لما سأله عنه ولما استحلفه ولا ردها عليه .

وان قال لها أنت طالق واحدة وأنت واحدة ونوى طلقتين أو ثلاثا ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقع عليها ما نواه لأنه يحتمل أنت طالق واحدة مع واحدة أو مع اثنتين (والثانى) لا يقع عليها الا واحدة لأنه صريح فيها ، فلو أوقعنا ما زاد عليها لكان ايقاع طلاق بالنية من غير لفظ (والثالث) وهو اختيار القفال : ان نوى ما زاد على واحدة عند قوله أنت وقع ما نواه . وان نوى ذلك بمجموع الكلام لم تقع الا واحدة

(مسألة) قال الشافعى : اذا قال المدخول بها أنت طالق واحدة بائنا وقعت عليه طلقة رجعية . قال الصيمرى : وهكذا اذا قال أنت طالق واحدة لا رجعة لى بها ، كان له الرجعة ، لأن الواحدة لا تبين بها المدخول بها ، وله الرجعة بها فلا يسقط ذلك بشرطه

(فرع) وان قال لامرأته : أنت طالق طلاقا ، أو أنت طالق الطلاق . فإنه لا يقع عليها الا طلقة ، لأن المصدر لا يزيد به الكلام ، وانما يدخل للتأكيد كقوله ضربت زيداً ضرباً ، الا أن ينوى به ما زاد على واحدة فيقع ما نواه ، كما لو لم يأت بالمصدر .

(فرع) وان قال لامرأته أنت طالق فماتت ، ثم قال ثلاثا متصلا بقوله ففيه ثلاثة أوجه حكاها الطبرى فى العدة ، وهو قول ابن سريج أنه يقع عليها الثلاث لأنه قصده بقوله أنت طالق (والثانى) لا يقع عليها الا واحدة . لأن الثلاث لا تعلم الا بقوله ؛ ولم يقل ذلك الا بعد موتها ، والميتة لا يلحقها الطلاق . (والثالث) أنه لا يقع عليها شىء لأن الجملة كلها انما تقع بجميع اللفظ. ولا يتقدم

وقوع واحدة على الاثنتين . ألا ترى أنه لو قال لغير المدخول بها : أنت طالق ثلاثاً لوقع الثلاث ، فلو وقع باللفظ أولا واحدة لبانت بها ولم يقع ما بعدها ولم يتم الكلام إلا وهى مبتة ، والمبتة لا يلحقها الطلاق

وقال الطبرى « والصحيح أنه لا يقع إلا واحدة ، كما لو قال أنت طالق وجن ثم قال ثلاثاً .

(فرع) إذا قال لزوجته اختارى فقالت اخترت نفسى — فان نويا عدداً من الطلاق واتفقا فى عدد ما نوياه وقع ما نوياه ، وإن اختلفا فنوى أحدهما أكثر مما نوى الاخر وقع العدد الأقل ويقع رجعياً

وقال أبو حنيفة لا يفتقر إلى نية الزوجة ، فان نوى الزوج وقعت بائنة . وان نوى ما زاد عليها لم تقع إلا واحدة بائنة

وقال مالك إذا نوى الطلاق وقع الثلاث ان كانت مدخولا بها ، وإن لم تكن مدخولا بها قبل منها أنها أرادت واحدة أو اثنتين .

وروى أن مروان بن الحكم أجلس زيد بن ثابت فسأله ، وأجلس كاتبا يكتب ما قال ، فكان فيما سأله « إذا خير الرجل زوجته » فقال زيد « ان اختارت نفسها فهى ثلاث ، وان اختارت زوجها فهى واحدة رجعية

دليلنا أنه لم يقرن به لفظ الثلاث ولا بينها فلم يقع به الثلاث ، ولا يقع بقطع الرجعية ، كقوله أنت طالق

وان ذكر الزوج لفظ الاختيار ثلاثا ونوى به واحدة كانت واحدة . وقال أبو حنيفة « اذا قبلت وقع الثلاث »

دليلنا أنه يحتمل أنه يريد به التأكيد ، فاذا قيد فيه قبل منه . كقوله أنت طالق الطلاق . وان قال لها اختارى من الثلاث طلقات ما شئت فليس لها أن تختار الثلاث ولها أن تختار ما دونها ، وبه قال ابو حنيفة وأحمد . وقال أبو يوسف ومحمد لها ان تختار الثلاث .

دليلنا أن (من) للتبعيض ، وقد جعل اليها بعض الثلاث فلا يكون لها ايقاع الثلاث

(فرع) إذا قال لها : يا مائة طالق أو أنت مائة طالق وقع عليها ثلاث طلقات وإن قال : أنت طالق كمائة أو أنت طالق كألف . قال ابن الصباغ : وقع عليها الثلاث ، وبه قال محمد بن الحسن وأحمد ، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : إن لم يكن له نية لم يقع عليها إلا واحدة ، دليلنا : أنه تشبيه بالعدد خاصة فوقع العدد كقوله : أنت طالق كعدد مائة أو ألف . اه

وفى هذا الفرع بحث من السنة يقتضينا المقام اثباته فقد أخرج الدارقطنى عن مجاهد عن ابن عباس « أنه سئل عن رجل طلق امرأته مائة قال : عصيت ربك وفارقت امرأتك ، لم تتق الله فيجعل لك مخرجا » .

وأخرج الدارقطنى عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أيضاً « أنه سئل عن رجل طلق امرأته عدد النجوم فقال : أخطأ السنة وحرمت عليه امرأته » وقد أخرج عبد الرزاق عن عمر أنه رفع اليه رجل طلق امرأته ألفاً فقال له عمر : أطلقت امرأتك ؟ قال لا ، انما كنت ألعب ، فعلاه بالدرة وقال : انما يكفيك من ثلاث . وروى وكيع عن على كرم الله وجهه وعثمان رضى الله عنه نحو ذلك واخرج عبد الرزاق والبيهقى عن ابن مسعود « انه قيل له : ان رجلا طلق امرأته البارحه مائة ، قال : قلتها مرة واحدة ؟ قال : نعم ، قال : تريد ان تبين منك امرأتك ؟ قال : نعم ، قال : هو كما قلت ، واتاه آخر فقال : رجل طلق امرأته عدد النجوم قال : قلتها مرة واحدة ؟ قال نعم ، قال : تريد ان تبين منك امرأتك قال : نعم ، قال هو كما قلت ، والله لا تلبسون على انفسكم ونتحمله » .

واخرج عبد الرزاق فى مصنفه عن يحيى بن العلاء عن عبد الله بن الوليد الوصافى عن ابراهيم بن عبد الله بن عبادة بن الصامت قال « طلق جدى امرأة له ألف تطليقه فانطلق الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال : ما اتقى الله جدك اما ثلاث فله ، واما تسعمائه وسبع وتسعون فعدوان وظلم ان شاء الله عذبه وان شاء غفر له » .

وفى روايه « ان اباك لم يتق الله فيجعل له مخرجا ، بانت منه بثلاث على غير السنه ، وتسعمائه وسبع وتسعون اثم فى عنقه » وهذا الخبر اعترض عليه علماء

الحديث بأن يحيى بن العلاء ضعيف ، وعبيد الله بن الوليد هالك ، وابراهيم بن عبيد الله مجهول ، فأى حجه فى روايه ضعيف عن هالك عن مجهول ثم والد عبادة بن الصامت لم يدرك الإسلام فكيف بجده ؟ والله تعالى اعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وإن قال : أنت - وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق الثلاث - لم يقع شيء ، لأن قوله : أنت ليس من ألفاظ الطلاق ، فلو أوقعنا الطلاق لكان بالنية من غير لفظ . وإن قال : أنت طالق هكذا ، وأشار بثلاث أصابع وقع الثلاث ، لان الاشارة بالاصابع مع قوله هكذا بمنزلة النية فى بيان العدد ، وإن قال : أردت بعدد الاصبعين المقبوضتين قبل ، لانه يحتمل مايدعيه ، وان قال : انت طالق ، وأشار بالأصابع ولم يقل هكذا ، وقال أردت واحدة ولم أرد العدد قبل ، لانه يحتمل ما يدعيه .

(فصل) وان قال أنت طالق واحدة فى اثنتين نظرت - فإن نوى طلقة واحدة مع اثنتين - وقعت ثلاث لان « فى » تستعمل بمعنى « مع » ، والدليل عليه قوله عز وجل « فادخلى فى عبادى وادخلى جنتى » والمراد مع عبادى فإن لم يكن له نية نظرت - فإن لم يعرف الحساب ولا نوى مقتضاه فى الحساب - طلقت طلقة واحدة بقوله أنت طالق ، ولا يقع بقوله فى اثنتين شيء ، لأنه لا يعرف مقتضاه فلم يلزمه حكمه ، كالاعجمى اذا طلق بالعربية وهو لا يعرف معناه ، وان نوى مقتضاه فى الحساب ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى بكر الصيرفى انه يقع طلقتان ؛ لأنه أراد موجبه فى الحساب ، وموجبه فى الحساب طلقتان .

(والثانى) وهو المذهب انه لا يقع الا طلقة واحدة لأنه اذا لم يعلم مقتضاه لم يلزمه حكمه ، كالأعجمى اذا طلق بالعربية وهو لا يعلم ، وقال : اردت مقتضاه فى العربية ، فإن كان عالما بالحساب نظرت - فإن نوى موجبه فى الحساب - طلقت طلقتين لان موجبه فى الحساب طلقتان . وان قال اردت واحدة فى اثنتين باقيتين طلقت واحدة ، لانه يحتمل ما يدعيه كقوله : له عندى ثوب فى منديل ،

وأراد فى منديل لى ، وان لم يكن له نية فالمنصوص أنها تطلق طلقة ، لأن هـذا اللفظ غير متعارف عنـد الناس ، ويحتمل طلقة فى طلقتين واقعتين ، ويحتمل طلقة فى طلقتين باقيتين ، فلا يجوز أن يوقع بالشك

وقال أبو اسحاق يحتمل أن تطلق طلقتين لأنه عالم بالحساب ويعلم أن الواحدة فى اثنتين طلقتان فى الحساب

(فصل) وان قال أنت طالق طلقه بل طلقتان ، ففيه وجهان

(أحدهما) يقع طلقتان ، كما اذا قال له على درهم بل درهمان ، لزمه درهمان (والثانى) يقع الثلاث ، والفرق بينه وبين الإقرار أن الإقرار اخبـار يحتمل التـكرار ، فجاز أن يدخل الدرهم فى الخبرين ، والطلاق ايقاع فلا يجوز أن يوقع الطلاق الواحد مرتين ، فحمل على طلاق مستأنف ، ولهذا لو أقر بدرهم فى يوم ثم أقر بدرهم فى يوم آخر لم يلزمه الا درهم ، ولو طلقها فى يوم ثم طلقها فى يوم آخر كانتا طلقتين .

(فصـل) وان قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع الثلاث ، لأن الجميع صـادف الزوجيه فوقع الجميع ، كما لو قال ذلك للمدخول بها . وان قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق ولم يكن له نية وقعت الاولى دون الثانيه والثالثه وحكى عن الشافعى رحمه الله فى القديم أنه قال يقع الثلاث ، فمن أصحابنا من جعل ذلك قولا واحدا ، وهو قول ابى على بن ابى هريرة ، لأن الكلام اذا لم ينقطع ارتبط بعضه ببعض فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثا .

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع أكثر من طلقة ، وما حكى عن القـديم إنما هو حكاية عن مالك رحمه الله ليس بمذهب له ، لأنه تقدمت الاولى فبانت بها فلم يقع ما بعدها .

(الشرح) وإن قال لامرأته أنت ، وأشار بثلاث أصابع ونوى الطلاق لم يقع الطـلاق ، لأن قوله أنت ليس بإيقاع ، وإن قال لها انت طالق هـكذا ، وأشار بأصبع وقعت عليها طلقة ، وان اشـار بأصبعين وقع عليها طلقتان ، وان اشار بثلاث اصابع وقع عليهاثلاث طلقات ، لأنه شبه الطلاق بأصابعه ، وهى عدد ،

وإن قال أردت بعدد الأصبعين المقبوضتين فقد ذكر الشيخ ابو إسحاق هنا في المهذب والمحاملي في المجموع(١) وابن الصباغ في الشامل انه يقبل في الحكم لأنه يحتمل الإشارة بهما .

وذكر الشيخ ابو حامد الاسفرايني في التعليق : انه لا يقبل قوله في الحكم ، لأن الظاهر خلاف ما يدعيه ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى .

وإن قال أنت طالق ، وأشار بأصبعه ولم يقل هكذا ، ثم قال أردت واحدة أو لم أرد بعدد الأصابع قبل منه في الحكم ، لأنه قد يشير بالأصابع ولا يريد العدد

(مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق واحد في اثنتين الخ نعم إذا قال لها أنت طالق واحدة في اثنتين - فإن كان غير عالم بالحساب - أعني لا يحفظ جدول الضرب - قلنا له ما أردت ، فان قال أردت واحدة مقرونة مع اثنتين وقع عليها الثلاث لأنه قد يعبر عن (مع) بـ (في) قال تعالى « فادخلي في عبادي » اى مع عبادي وإن قال لم أنو شيئا وقع عليها طلقة واحدة بقوله أنت طالق واحدة ؛ ولا يلزمه حكم الحساب لأنه لا يعرفه ولا نواه ، فهو كما لو تكلم العجمي بقوله : أنت طالق ولا يعرف معناه

وإن قال نويت موجبه في الحساب ففيه وجهان . قال ابو بكر الصيرفي يلزمه طلقتان لأن هذا موجبه عندهم . وقال أكثر أصحابنا لا يلزمه إلا طلقة واحدة ، لأنه لا يعرف معناه فلا يلزمه بنية موجبه ، كما لو تكلم العجمي بكلمة الكفر بالعربية وهو لا يعرف معناها ونوى موجبها في لسان العرب

وأما اذا كان ممن يعرف الحساب - فان نوى واحدة مقرونة مع اثنتين وقع عليها الثلاث . وان نوى موجبا في الحساب لزمه طلقتان ، لأن هذا موجبه في الحساب ، وان لم ينو شيئا فالمنصوص انه لا يلزمه الا طلقة لأنه غير متعارف عند الناس .

وقال أبو اسحاق الاسفرايني : يلزمه طلقتان لأنه يعرف الحساب ويعلم أن

---

(١) المجموع للمحاملي وهو غير مجموعنا هذا ، وللمحاملي غير المجموع الاوسط والمقنع واللباب والتجريد

هذا موجبه فيلزمه وان لم ينوه . وقال ابو حنيفة لا يلزمه الا طلقة سواء نوى موجبه فى الحساب أو لم ينو .

دليلنا أن هذا موضوع فى الحساب لا يتبين ، فاذا نواه وهو ممن يعرفه لزمه كما لو قال أنت طالق اثنتين . وان قال أنت طالق اثنتين فى اثنتين — وليس هو من أهل الحساب — فان نوى اثنتين مع اثنتين لزمه ثلاث . وان لم ينو ذلك ولا غيره لزمه اثنتان ؛ وان نوى موجبه عند أهل الحساب لزمه على قول الصيرفى ثلاث ، وعلى قول سائر أصحابنا يلزمه طلقتان ، وان كان من أهل الحساب وأراد موجبه فى الحساب ونوى مع اثنتين لزمه ثلاث ، وان لم ينو شيئا فعلى المنصوص لا يلزمه الا طلقتان ، وعلى قول ابى اسحاق يلزمه ثلاث ، وعلى قول ابى حنيفة يلزمه طلقتان بكل حال ، وقد مضى دليل ذلك

(فرع) اذا قال أنت طالق طلقة بل طلقتين ففيه وجهان (احدهما) يقع عليها طلقتان ، كما اذا قال له علىّ درهم بل درهمان (والثانى) يلزمه الثلاث لأن الطلاق ايقاع فحملت كل لفظة على ايقاع ، والاقرار اخبار فجاز ان يدخل الدرهم فى الخبر مرتين .

وان قال أنت طالق ثلاثا وقع عليها الثلاث ، وبه قال جميع الفقهاء الا رواية عطاء فانه قال يقع عليها طلقة . دليلنا ان قوله أنت طالق اسم لجنس من الفعل يصح للواحدة ولما زاد عليها . وقوله ثلاثا مفسر له فكان وقوع الثلاث عليها دفعة واحدة ، وان قال لها أنت طالق انت طالق انت طالق ، أو قال انت طالق وطالق وطالق ولم ينو بالاولة الثلاث وقع عليها بقوله الاول أنت طالق وبانت بها ولا يلحقها ما بعدها ، وبه قال الثورى وابو حنيفة

وقال مالك والليث بن سعد والأوزاعى يقع عليها الثلاث فقال أبو على بن أبى هريرة للشافعى فى القديم ما يدل على ذلك ، فجعلها على قولين . وقال ابو على الطبرى فيها وجهان (احدهما) يقع عليها الثلاث ، لأنه ربط الكلام بعضه ببعض فحل محل الكلمة الواحدة (والثانى) انه يقع عليها طلقه واحدة تبين بها ولا يقع ما بعدها ، لأنه قد فرق فوقع بالاولة طلقه فبانت بها ولم يقع ما بعدها وقال أكثر اصحابنا هى على قول واحد ولا يقع عليها الا طلقه واحدة . وما ذكره

فى القديم فإنما حكى مذهب مالك . ووجهه ما روى عن عمر وعلى وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم قالوا يقع عليها طلقة واحدة ولا يقع ما بعدها ، ولا مخالف لهم ، وقد استدل القائلون بأنه لا يقع من المتعدد إلا واحدة بما وقع فى حديث ابن عباس عن ركانة «أنه طلق امرأته ثلاثاً فى مجلس واحد فحزن عليها حزناً شديداً . فسأله النبى صلى الله عليه وسلم كيف طلقتها ؟ فقال ثلاثا فى مجلس واحد فقال له صلى الله عليه وسلم : إنما تلك واحدة فارتجعها» أخرجه احمد وأبو يعلى وصححه . وقد أجيب عن ذلك بأجوبة ، منها أن فى إسناده محمد بن إسحاق . ورد بأنهم قد احتجوا فى غير واحد من الأحكام بمثل هذا الإسناد . ومنها معارضته لفتوى ابن عباس ، ورد بأن المعتبر روايته لا رأيه . ومنها أن أبا داود رجح أن ركانة إنما طلق امرأته البتة ويمكن أن يكون من روى ثلاثا حمل البتة على معنى الثلاث ، وفيه مخالفة للظاهر

واستدلوا بحديث ابن عباس «أن الطلاق كان على عهد رسول الله (ص) إلى آخر الحديث الذى سبق إيراده . وقد اختلف الناس فى تأويله فذهب بعض التابعين إلى ظاهره فى حق من لم يدخل بها كما دلت عليه رواية ابى داود ، وتأوله بعضهم على صورة تكرير لفظ الطلاق ، بأن يقول : انت طالق انت طالق انت طالق ، فإنه يلزمه واحدة إذا قصد التوكيد ، وثلاث إذا قصد تكرير الايقاع فكان الناس فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر على صدقهم وسلامتهم وقصدهم فى الغالب الفضيلة والاختيار ولم يظهر فيهم خب ولا خداع فكانوا يصدقون فى إرادة التوكيد .

والقائلون بالفرق بين المدخولة وغيرها أعظم حجة لهم حديث ابن عباس الذى لفظه عند أبى داود «أما علمت أن الرجل كان إذا طلق امرأته ثلاثا قبل أن يدخل بها جعلوها واحدة» الحديث . ووجهوا ذلك بأن غير المدخول بها تبين إذا قال لها زوجها أنت طالق ، فإذا قال ثلاثا لغا العدد لوقوعه بعد البينونة . ويجاب بأن التقييد بقبل الدخول لا ينافى صدق الرواية الأخرى الصحيحة على المطلقة بعد الدخول ، وغاية ما فى هذه الرواية أنه وقع فيها التنصيص على بعض أفراد مدلول الرواية الصحيحة المذكورة فى الباب ، وذلك لا يوجب الاختصاص

بالبعض الذى وقع التنصيص عليه ، وأجاب القرطبى عن ذلك التوجيه بأن قوله أنت طالق ثلاثا كلام متصل غير منفصل فكيف يصح جعله كلمتين ، وتعطى كل كلمة حكما . هذا حاصل ما فى هذه المسئلة ، وهكذا أفاده الشوكانى فى شرح المنتقى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال المدخول بها أنت طالق انت طالق انت طالق ، نظرت فإن كان أراد به التأكيد لم يقع أكثر من طلقة ، لأن التكرار يحتمل التأكيد ، وإن أراد الاستئناف وقع بكل لفظة طلقة لأنه يحتمل الاستئناف ، وان أراد بالثانى التأكيد وبالثالث الاستئناف وقع طلقتان ، وإن لم يكن له نية ففيه قولان قال فى الإملاء : يقع طلقة ، لأنه يحتمل التكرار والاستئناف ، فلا يقع ما زاد على طلقة بالشك .

وقال فى الأم يقع الثلاث لأن اللفظ الثانى والثالث كاللفظ كالأول ، فاذا وقع بالأول طلاق وجب أن يقع بالثانى والثالث مثله ، وأما إذا غاير بينها فى الحروف بأن قال أنت طالق وطالق ثم طالق ولم يكن له نية وقع بكل لفظه طلقه ، لان المغايرة بينها باللفظ تسقط حكم التأكيد ، فان ادعى أنه أراد التأكيد لم يقبل فى الحكم لأنه يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل مايدعيه وان قال انت طالق وطالق وطالق وقع بالأول طلقه وبالثانى طلقه لتغاير اللفظين ويرجع فى الثالث اليه ، لأنه لم يغاير بينه وبين الثانى . فهو كقوله أنت طالق انت طالق . وان غاير بين الالفاظ ولم يغاير بالحروف بأن قال : انت طالق انت مسرحه أنت مفارقه ففيه وجهان :

(أحدهما) أن حكمه حكم المغايرة فى الحروف ، لأنه اذا تغير الحكم بالمغايرة بالحروف فلأن يتغير بالمغايرة فى لفظ الطلاق أولى

(والثانى) أن حكمه حكم اللفظ الواحد لأن الحروف هى العاملة فى اللفظ ، وبها يعرف الاستئناف ، ولم توجد المغايرة فى الحروف

(فصل) وان قال أنت طالق بعض طلقه وقعت طلقه ، لان مالا يتبعض من الطلاق كان تسميه بعضه كتسمية جميعه ، كما لو قال بعضك طالق ، وان قال

أنت طالق نصف طلقة وقعت طلقة ، لأن نصف طلقة هي طلقة ، وإن قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان

(أحدهما) أنه يقع طلقتان ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة طلقة ونصف فيكمل النصف فصار طلقتين

(والثاني) تطلق طلقة لأنه أضاف الأنصاف الثلاثة إلى طلقة وليس للطلقة إلا نصفان فألغى النصف الثالث . وإن قال أنت طالق نصفي طلقتين وقعت طلقتان لأنه يقع من كل طلقة نصفها ثم يسرى فيصير طلقتين . وإن قال انت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان

(أحدهما) تقع طلقة واحدة ، لأن نصف الطلقتين طلقة (والثاني) أنه تقع طلقتان لأنه يقتضي النصف من كل واحدة منهما ثم يكمل النصفان فيصير الجميع طلقتين . وان قال أنت طالق نصف طلقة ثلث طلقة سدس طلقة طلقت واحدة لأنها أجزاء الطلقة . وإن قال أنت طالق نصف طلقة وثلث طلقة وسدس طلقة وقع ثلاث طلقات ، لأن بدخول حروف العطف وقع بكل جزء طلقة وسرى الى الباق . وإن قال أنت نصف طالق طلقت ، كما لو قال نصفك طالق . وان قال أنت نصف طلقة ففيه وجهان (أحدهما) أنه كناية فلا يقع به طلاق من غير نيه

(والثاني) أنه صريح فتقع به طلقة بناء على الوجهين فيمن قال لامرأته : أنت الطلاق .

(الشرح) الاحكام : إذا قال المدخول بها أنت طالق انت طالق انت طالق فإن نوى بالأولة الثلاث لم يسأل عما بعدها ، وان لم ينو الثلاث وقع عليها بها طلقة . وسئل عن الكلمتين بعدها ، فإن قال أردت بهما تأكيد الأولة قبل منه ولم يلزمه الا طلقة لأن التأكيد يقع بالتكرار ، وان قال أردت بهما الاستئناف لزمه ثلاث طلقات ، وان قال أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة تأكيد الثانية لزمه طلقتان . وان قال أردت بالثانية الاستئناف وبالثالثة التأكيد الأولة ففيه وجهان (أحدهما) يقبل كما لو قال : أردت بهما تأكيد الاولة (والثاني) لا يقبل لأنه قد تخلل بين الاولة والثالثة الثانية

وإن قال لم أنو شيئا ففيه قولان : قال فى الإملاء : لا يلزمه الا طلقة لأنه لما لم يدخل واو العطف كان الظاهر أنه أراد التأكيد كما لو قال له : علىّ درهم درهم درهم فلا يلزمه الا درهم . ولأنه يحتمل أنه أراد التأكيد والاستئناف فلا يلزمه الطلاق بالشك .

وقال فى الام : يلزمه ثلاث طلقات — وهو الاصح — لأن الثانى والثالث كالاول فى الصيغة فكان مثله فى الإيقاع .

وان قال أنت طالق ثم سكت طويلا وقال أنت طالق ، ثم قال أردت بالثانى تأكيد الاول لم يقبل ، لأن الظاهر أنه أراد الإيقاع وان قال أنت طالق وطالق وطالق ولم ينو بالاولة مازاد على واحدة وقع بالاولة طلقة وبالثانيه طلقه لأن الثانى عطف لا يحتمل التأكيد ورجع فى الثالثة اليه ، فإن قال أردت تأكيد الثانيه قبل منه ، وان قال : أردت به الاستئناف لزمه ثلاث طلقات ، وان قال: أردت به تأكيد الاولة لم يقبل منه وجهاً واحداً ، كما لا يقبل اذا قال أردت بالثانية تأكيد الاولة

وان قال لم أنو شيئا ففيه قولان كالاولة ، والصحيح أنه يقع بها طلقة ثالثة ؛ وهكذا الحكم فيه اذا قال : أنت طالق ثم طالق ثم طالق ، او قال أنت طالق فطالق فطالق ، أو طالق بل طالق بل طالق ، وان قال طالق وطالق ثم طالق ، أو طالق فطالق بل طالق لزمه بكل لفظة طلقة ، فإن قال أردت التأكيد لم يقبل منه فى الحكم ، لأن المغايرة بينهما بحروف العطف يقتضى الاستئناف ، ويديّن فيما بينه وبين الله تعالى .

وان قال أنت مطلقة أنت مفارقة وأنت مسرحة ففيه وجهان (أحدهما) حكمه حكم ما لو قال : أنت طالق طالق طالق ، لأنه لم يأت بحرف عطف ، والفراق والسراح كالطلاق (والثانى) حكمه حكم ما لو قال : أنت طالق وطالق ثم طالق ، لأن الحكم اذا تغير لمغايرة حروف العطف فلأن يتغير لمغايرة اللفظ أولى

(فرع) قال الشافعى فى الإملاء : اذا قال لامرأته أنت طالق وطالق لا بل طالق ، ثم قال : شككت فى الثانية فقلت لا بل طالق استدراكاً لإيقاعها قبل منه لأن « بل » للاستدراك فاحتمل ماقاله

وإن قال أنت طالق يا مطلقة بالاولة طلقة ، وان لم ينو بها ما زاد عليها أو سأل عن قوله يا مطلقة ــ فإن قال أردت به الايقاع لزمه ما نوى . وان قال : أردت به يا مطلقة بالاولة قبل منه فى الحكم . وان قال : أنت طالق البتة ولم ينو مازاد على واحدة وقع عليها طلقة ، كقوله أنت طالق وسئل عن البتة فإن قال : أردت به ايقاع طلاق آخر لزمه . وان قال : لم أرد به شيئاً قبل منه فى الحكم لحديث ركانة بن عبد يزيد

(مسألة) قوله : وان قال أنت طالق بعض طلقة وقعت طلقة الخ . وهذا صحيح وبه قال جميع الفقهاء الا داود فإنه قال لا يقع عليها شيء . دليلنا قوله تعالى « فإن طلقها فلا تحل له من بعد » الآية . ولم يفرق بين أن يطلقها طلقة أو بعض طلقة . ولأن التحليل والتحريم اذا اجتمعا غلب التحريم ، كما لو تزوج نصف امرأة أو أعتق نصف أمة ، ولأنه لو طلق بعض امرأته لكان كما لو طلق جميعها كذلك اذا طلق بعض طلقة كان كما لو طلقها طلقة

وان قال أنت طالق نصفى طلقة وقعت عليها طلقة ، ولأن نصفى الطلقة طلقة وان قال ثلاثة أنصاف طلقة ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع عليها الا طلقة ، لأنه لم يوقع عليها الا طلقة ، وانما وصفها بأن لها ثلاثة أنصاف وليس لها الا نصفان (والثانى) يقع عليها طلقتان ، لأن ثلاثة أنصاف طلقة ونصف فيسرى النصف ، فعلى قول الاول يتعلق الحكم بقوله طلقة ويلغى قوله ثلاثة أنصاف طلقة . وعلى قول الثانى يلغى قوله طلقة ويتعلق الحكم بقوله ثلاثة أنصاف طلقة قال صاحب الفروع ويحصل وقوع الثلاث ، ووجهه انه اذا ألغى قوله طلقة وتعلق الحكم بثلاثة أنصاف سرى كل نصف فوقع عليها ثلاث

وان قال : انت طالق نصفى طلقتين وقع عليها طلقتان ، لأن نصفى طلقتين طلقتان . وان قال ثلاثة أنصاف طلقتين فعلى وجهين (أحدهما) يقع عليها طلقتان (والثانى) يقع عليها ثلاث

وان قال أنت طالق نصف طلقتين ففيه وجهان (أحدهما) يلزمه طلقة لانها نصف طلقتين (والثانى) يلزمه طلقتان لأنه يلزمه نصف من كل طلقة ، ثم يكمل النصفان .

(فرع) وان قال : أنت طالق نصف طلقه ثلث طلقه سدس طلقه لم يقع عليها الا طلقه أجزاء الطلقه ، وان قال أنت طالق نصف طلقه وثلث طلقه وسدس طلقه وقعت ثلاثاً لأنه عطف جزءاً من طلقه على جزء من طلقه فظاهره يقتضي طلقات متغايرة .

قال ابن الصباغ في الشامل : وان قال أنت طالق نصف وثلث وسدس طلقه طلقت طلقه ، لأن هذه أجزاء طلقه . وان قال أنت نصف وثلث وسدس طلقت طلقه ويرجع اليه في النصف والثلث والسدس ، فإن نوى نصفاً من طلقه وثلثاً من طلقه وسدساً من طلقه وقع عليها الثلاث ، وان لم ينو شيئاً فلا شيء عليه وان قال أنت نصف طلقه ففيه وجهان كما لو قال أنت طالق (أحدهما) انه صريح فيقع عليها طلقه (والثاني) أنه كنايه فلا يقع عليها شيء الا بالنيه . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كان له أربع نسوة فقال : أوقعت عليكن أو بينكن طلقه طلقت كل واحدة منهن طلقه ، لأنه يخص كل واحدة منهن ربع طلقه وتكمل بالسرايه . وان قال أوقعت عليكن أو بينكن طلقتين أو ثلاثاً أو أربعاً وقع على كل واحدة طلقه ، لأنه اذا قسم بينهن لم يزد نصيب كل واحدة منهن على طلقة ، وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الطلقتين وقع على كل واحدة طلقتان وان قال أردت أن يقع على كل واحدة من الثلاث الطلقات ، وقع على كل واحدة ثلاث طلقات ؛ لأنه مقر على نفسه بما فيه تغليظ ، واللفظ محتمل له . وان قال أوقعت عليكن خمساً وقع على كل واحدة طلقتان . لأنه يصيب كل واحدة طلقه وربع ، وكذلك ان قال أوقعت عليكن ستاً أو سبعاً أو ثمانياً . وان قال أوقعت عليكن تسعاً طلقت كل واحدة ثلاثاً . وان قال أوقعت بينكن نصف طلقه وثلث طلقه وسدس طلقه ، طلقت كل واحدة ثلاثاً ، لأنه لما عطف وجب أن يقسم كل جزء من ذلك بينهن ، ثم يكمل

(فصل) وان قال أنت طالق ملء الدنيا ، أو أنت طالق أطول الطلاق ،

أو أعرضه . وقعت طلقه لأن شيئا من ذلك لا يقتضى العدد ، وقد تتصف الطلقة الواحدة بذلك كله .

(فصــل) وإن قال أنت طالق أشد الطلاق وأغلظه وقعت طلقه لأنه قد تكون الطلقة أشد وأغلظ عليه لتعجلها أو لحبه لها أو لحبها له . فلم يقع ما زاد بالشك . وإن قال أنت طالق كل الطلاق أو أكثره وقع الثلاث لانه كل الطلاق وأكثره .

(فصل) وإن قال المدخول بها أنت طالق طلقه بعدها طلقه طلقت طلقتين لأن الجميع يصادف الزوجية ، وإن قال أردت بعدها طلقة أوقعها لم يقبل فى الحكم لأن الظاهر انه طلاق ناجز ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل مايدعيه . وإن قال انت طالق طلقة قبلها طلقة وقعت طلقتان ، وفى كيفية وقوع ما قبلها وجهان : قال ابو على بن أبى هريرة : يقع مع التى أوقعها لأن إيقاعها فيها قبلها إيقاع طلاق فى زمان ماض فلم يعتبر كما لو قال أنت طالق أمس .

وقال ابو إسحاق يقع قبلها اعتباراً بموجب لفظه ، كما لو قال أنت طالق قبل موتى بشهر ثم مات بعد شهر ، ويخالف قوله انت طالق أمس لأنا لو أوقعناه فى أمس تقدم الوقوع على الإيقاع وههنا يقع الطلاقان بعد الايقاع . وإن قال أردت بقولى قبلها طلقة فى نكاح قبله ، فإن كان لما قاله أصل قبل منه لأنه يحتمل مايدعيه وإن لم يكن له أصل لم يقبل منه لأنه لا يحتمل ما يدعيه

(فصــل) وإن قال لها : أنت طالق طلقه قبلها طلقه وبعدها طلقه طلقت ثلاثا على ما ذكرناه . وإن قال لها : أنت طالق طلقه وبعدها طلقه طلقت ثلاثا لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقه ويقع قبلها نصف طلقه وبعدها نصف طلقه ثم يكمل النصفان فيصير الجميع ثلاثا

(الشرح) الاحكام : إن قال لأربع نســوة له : أوقعت بينكن طلقه ، طلقت كل واحدة منهن طلقة . لأنه يخص كل واحدة ربع طلقه ويكمل بالسراية وإن قال لهن أوقعت بينكن طلقتين وقع على كل واحدة طلقه . لأن ما يخص كل واحدة لا يزيد على طلقه إلا أن يقول : أردت ان تقسم كل طلقه منهما عليهن

فيقع على كل واحدة طلقتان وإن قال أوقعت بينكن ثلاث طلقات أو أربع طلقات وقع على كل واحدة طلقة إلا أن يريد قسمة كل طلقه منهن فيقع على كل واحدة منهن ثلاث هـذا هو المشهور الذى أفاده العمرانى فى البيان وابن الصباغ فى الشامل والماردى فى الحاوى وابن القاص فى التلخيص .

وقال صاحب الفروع : ويحتمل أن يقع على كل واحـدة ثلاث ، لأن بعض كل طلقه يكمل فى حق كل واحدة منهن

وإن قال أوقعت بينكن خمس طلقات ولم يرد قسمة كل واحدة منهن وقع على كل واحـدة طلقتان ، لأنه يخص كل واحـدة طلقه وربع ، فيكمل الربع . وكذلك إذا قال أوقعت بينكن ستاً أو سبعاً أوثمانياً . وإن قال : أوقعت بينكن بتسع طلقات طلقت كل واحدة منهن ثلاثا ، لأنه يخص كل واحدة طلقتان وربع ويكمل الربع .

وإن قال أوقعت بينكن نصف طلقه وسدس طلقه وقع على كل واحدة ثلاث طلقات . لأنه لما عطف قسم كل جزء بينهن وكمل

(مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق ملء الدنيا إلخ فهو كما قال ، فإنه اذا قال أنت طالق ملء الدنيا أو ملء مكة والمـدينة وقعت عليها طلقه ، لأن الطلاق حكم والاحكام لا تشغل الامكنه ، فعلم أنه أراد الدنيا أو مكة ذكراً وانتشـاراً وشيوعا وتكون رجعيه وقال أبو حنيفه يقع بائنه

دليلنا أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كقوله أنت طالق وإن قال : أنت طالق أشد الطلاق أو أكثر الطلاق بالثاء المعجمه بثلاث نقط وقعت عليهـا ثلاث طلقات ، لأن ذلك كل الطلاق وأكثره . وان قال أنت طالق أكمل الطلاق أو أتم الطلاق أو أكبر الطلاق بالباء المعجمه الموحـدة التحتيه وقعت عليها طلقه سنـيه ، لأن أكمل الطلاق وأتمه طلاق السنه .

وقال صاحب الفروع : ويحتمل أن يقع عليها ثلاث طلقات فى قوله : أكمل الطلاق وأتمه ، لأنه هو الأكمل والاتم ، والمشهور هو الاول وتكون رجعيه

وقال ابو حنيفه : تقع فى قوله أكثر الطلاق واحدة بائنه ، دليلنا عليه ما ذكرناه فى قوله : ملء مكة

(مسألة) قوله : وإن قال للمدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقه الخ .
وهذا كما قال . وكذلك إذا قال المدخول بها أنت طالق طلقه معها طلقه وقع عليها طلقتان فى الحال . وان قال أنت طالق طلقه بعدها طلقه وقع عليها طلقتان لأن الجميع صادف الزوجيه . وان قال أردت بقولى بعدها طلقه اوقعها فيها بعد لم يقبل فى الحكم لأنه يريد تأخير طلاق واقع فى الظاهر ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه

وإن قال أنت طالق طلقه قبلها طلقه . قال الشافعى وقع عليها طلقتان . واختلف أصحابنا فى كيفيه وقوعها ، فحكى الشيخ أبو إسحاق هنا فى المهذب والمحاملى أن أبا إسحاق المروزى قال . يقع عليها طلقتان (إحداهما) بقوله أنت طالق والاخرى قبلها بالمباشرة ، لأن الإنسان يملك أن يعلق بالصفه طلاقا فيقع قبل الصفه . كقوله أنت طالق قبل موتى بشهر ثم يموت بعد شهر .

وحكى الشيخ أبو حامد فى التعليق أن أبا إسحاق قال يقع عليها طلقه بالمباشرة بقوله أنت طالق ؛ وطلقه بالاخبار أنه طلقها . وقال أبو على بن ابى هريرة : يقع عليها طلقتان معاً ، لأنه لا يتقدم الوقوع على الإيقاع . هكذا حكى الشيخ أبو اسحاق الشيرازى عنه وسائر أصحابنا حكوا عنه انه قال : يقع عليها طلقه بقوله أنت طالق طلقه بعدها . وقوله قبلها طلقه فعلى ما حكاه الشيخ أبو حامد عن أبى اسحاق المروزى يحكم عليه بوقوع الطلقه التى باشرها ظاهراً وباطنا

وان قال : أردت بقولى قبلها طلقه فى نكاح كنت نكحتها قبل هذا النكاح وطلقتها فيه ، فإن كان لما قاله أصل قبل منه ، وان لم يكن له أصل لم يقبل منه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى

وان قال أنت طالق طلقه قبلها وبعدها طلقه وقع عليها ثلاث طلقات ؛ لأن كل واحدة من النصفين يسرى ؛ وحكى المحاملى من اصحابنا من قال : لا يقع عليها الا طلقتان . وليس بشىء

قال المصنف رحمه الله :

(فصـل) وإن قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقة لم تقع الثانية لأنها بائن بالأولى فلم تقع الثانية . وإن قال أنت طالق طلقة قبلهـا طلقة ففيه وجهان (أحـدهما) لا تطلق لأن وقوع طلقه قبلها ووقوع طلقه عليها يوجب وقوع ما قبلها يمنع وقوعها فتمانعا بالدور وسقطا (والثانى) وهو قول أبى على بن ابى هريرة أنها تطلق طلقه ليس قبلها شيء ، لأن وقوع ما قبلهـا يوجب إسقاطها وإسقاط ماقبلها فوجب إثباتها وإسقاط ما قبلها . وان قال أنت طالق طلقه معها طلقه ، ففيه وجهان

(أحدهما) انها تطلق واحدة ، وهو قول المزنى لأنه أفردها لجاز ، كما لو قال أنت طالق واحدة بعدها واحدة .

والوجه الثانى : أنها تطلق طلقتين لأنهما يجتمعان فى الوقوع فلا تتقـدم إحداهما على الأخرى ، فهو كما لو قال : أنت طالق طلقتين . وان قال أنت طالق طلقتين ونصفا طلقت طلقتين ، لأنه جمع بين الطلقتين فى الايقاع فبانت بهما ثم أوقع النصف بعد ما بانت فلم يقع

(فصل) إذا قال لامرأته أنت طالق طلقه لا تقع عليك طلقت لانه أوقع الطلاق ثم أراد رفعه ، والطلاق اذا وقع لم يرتفع . وان قال أنت طالق أولا لم تطلق لأنه ليس بإيقاع

(الشرح) الاحكام : اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة بعدها طلقه وقعت الاولى وبانت بها ولم تقع الثانية . وان قال : أنت طالق طلقة قبلها طلقة ففيه وجهان حكاهما الشيخ أبو اسحاق (أحدهما) لا يقع عليها الطلاق لان وقوع طلقة قبلها يمنع وقوعها . وما أدى ثبوته لسقوطه سقط (والثانى) وهو قول ابى على بن ابى هريرة أنه يقع عليها طلقه ليس قبلها شيء ، لان وقوع ما قبلها يوجب اسقاطها ، ووقوعها يوجب اسقاط ماقبلها فوجب اثباتها واسقاط ماقبلها وسببه أن يكون الاول انما هو على ما حكاه المصنف عن أبى اسحاق المروزى فى المدخول بها .

فأما على ما حكاه فى التعليق عنه أنه إخبار ، فإنه يقع عليها الطلقة التى أخبر بوقوعها أولا لا غير .

وان قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة معها طلقه ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع عليها طلقة لاغير ، لأنه أفردها فبانت بها ولم يقع مابعدها كما لو قال طلقة بعدها طلقة

(والثانى) يقع عليها طلقتان لأنهما يجتمعان فى الوقوع ، وإن قال لها أنت طالق طلقتين ونصفا وقع عليها طلقتان لا غير ، لأنه جمع بينهما فوقعتا وانت بهما فلم يقع ما بعدهما .

(مسألة) قوله : وإذا قال لامرأته أنت طالق طلقه لا تقع عليك طلقت الخ فهذا صحيح اذا قال لامرأته أنت طالق طلقه لا تقع عليك وقع عليها طلقه لأنه رفع لجميع ما أوقعه وذلك لا يصح . وإن قال لها أنت طالق طلقه لا طلقتين عليك إحداهما، وقعت عليها واحدة لأن ذلك استثناء . وان قال لها أنت طالق طلقه لا قال ابو العباس بن سريج وقعت عليها طلقه ، لأن ذلك رفع لها فلم ترتفع . وان قال لها أنت طالق طلقتين لا طلقه : فعلى قياس الاولة لا يقع عليها إلا طلقه : وان قال لها أنت طالق أو لا لم يقع عليها طلاق ، لأن ذلك استفهام لا طلاق . وان قال لها أنت طالق واحدة أو لا شىء — قال ابن الصباغ فالذى يقتضيه قياس قوله أن لا يقع شىء . وبذلك قال أبو حنيفه وابو يوسف واحمد . وقال محمد : تقع واحدة ، والاول أصح ، لأن الواحدة صفة للفظة الموقعه فما اتصل بها يرجع اليها ، فصار كقوله أنت طالق أو لا شىء

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويصح الاستثناء فى الطلاق لأنه لغة العرب ، ونزل به القرآن وحروفه : الا . وغير . وسوى . وخلا . وعدا . وحاشا. فإذا قال أنت طالق ثلاثا الا طلقه ، وقعت طلقتان . وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وقعت طلقه ، وان قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا طلقت ثلاثا ، لأن الاستثناء يرفع المستثنى منه فيسقط وبقى الثلاث

وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقتين وطلقه ففيه وجهان (أحدهما) يقع الثلاث لانه استثنى ثلاثا من ثلاث (والثانى) تقع طلقه لان الاستثناء الثانى هو الباطل فسقط وبقى الاستثناء الاول .

وان قال أنت طالق ثلاثا الا نصف طلقه ، طلقت ثلاثا لانه يبقى طلقتان ونصف ثم يسرى النصف الى الباقى فيصير ثلاثا . وان قال أنت طالق ثلاثا الا طلقه وطلقه وقعت طلقه . لأن المعطوف على الاستثناء مضموم الى الاستثناء ، ولهذا اذا قال : له على مائه الا خمسه وعشرين ضمت الخمسة الى العشرين فى الاستثناء ولزمه ما بقى .

وان قال أنت طالق طلقه وطلقه الا طلقه ففيه وجهان (أحدهما) تطلق طلقه لأن الواو فى الإسمين المنفردين كالتثنيه فيصير كما لو قال أنت طالق طلقتين الا طلقه (والثانى) وهو المنصوص انها تطلق طلقتين لأن الاستثناء يرجع الى مايليه وهو طلقه ، واستثناء طلقه من طلقه باطل فسقط وبقى طلقتان ، وان قدم الاستثناء على المستثنى منه بأن قال أنت الا واحدة طالق ثلاثا ، فقد قال بعض أصحابنا انه لا يصح الاستثناء فيقع الثلاث ، لأن الاستثناء جعل لاستدراك ماتقدم من كلامه ، ويحتمل عندى انه يصح الاستثناء فيقع طلقتان . لأن التقديم والتأخير فى ذلك لغة العرب قال الفرزدق يمدح هشام بن ابراهيم بن المغيرة خال هشام بن عبد الملك :

وما مثله فى الناس الا مملكا ... أبو أمه حى أبوه يقاربه

تقديره وما مثله فى الناس حى يقاربه الا مملكا أبو أمه أبو الممدوح

(الشرح) بيت الفرزدق الذى ساقه المصنف من قصيدة من الطويل يمدح بها ابراهيم بن هشام بن اسماعيل المخزومى خال هشام بن عبد الملك بن مروان ، ويستعمل هذا البيت عند البلاغيين شاهداً فى أساليب التعقيد ، وهو أن لا يكون الكلام ظاهر الدلالة على المراد ، اما لخلل فى نظم الكلام فلا يتوصل منه الى معناه ، أو لانتقال الذهن من المعنى الأول الى المعنى الثانى الذى هو لازمه ، والمراد به ظاهراً : والأول هو الشاهد فى البيت . والمعنى فيه : وما مثله يعنى

الممدوح فى الناس حى يقاربه أى أحد يشبهه فى الفضائل إلا مملكا ، أى ملكا . يعنى هشاما ، أبو أمه أى أبو أم هشام أبوه ، أى ابو الممدوح ، فالضمير فى أمه الملك وفى أبوه للممدوح ، ففصل بين ابو أمه وهو مبتدأ وأبوه وهو خبره بأجنبى وهو حى ، وكذا فصل بين حى ويقاربه وهو نعته ، بأجنبى وهو ابوه ، وقدم المستثنى على المستثنى منه . فهو كما تراه فى غاية التعقيد ، وكان من حق الناظم أن يقول وما مثله فى الناس أحد يقاربه إلا مملك ابو أمه أبوه

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولو قال انت طالق ثلاثا الا اثنتين فهى واحدة : وجملة ذلك أن الاستثناء جائز فى الجملة لأن القرآن ورد به قال الله تعالى « فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما » والاستثناء ضد المستثنى منه ؛ فان استثنى من اثبات كان المستثنى نفيا . وان استثنى من نفى كان المستثنى اثباتا ، وسواء استثنى أقل العدد أو أكثر فإنه يصح

وقال بعض اهل اللغة : لا يصح استثناء أكثر العدد ، وبه قال احمد . دليلنا قوله تعالى حاكياً عن إبليس « لأغوينهم أجمعين ، الا عبادك منهم المخلصين » ثم قال « ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين » فاستثنى العباد من الغاوين ، واستثنى الغاوين من العباد ، وأيهما كان أكثر فقد استثنى من الآخر ، ولا يصح أن يستثنى جميع العدد ، لأنه غير مستعمل فى الشرع ، ولا فى اللغة .

إذا ثبت هذا فقال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا اثنتين طلقت واحدة ، لأنه أثبت ثلاثا ثم نفى منها اثنتين فبقيت واحدة . وان قال : أنت طالق ثلاثا الا واحدة طلقت اثنتين

وان قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين وواحدة ، أو انت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة . ففيه وجهان

(احدهما) يقع عليها الثلاث . وبه قال ابو حنيفه لأنه استثناء من ثلاث

(والثانى) يقع عليها واحدة . وبه قال ابو يوسف ومحمد ، لأنه لو لم يعطف بالواحدة لصح فكان العطف بها هو الباطل فسقط

وإن قال : أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة طلقت ثلاثاً ، ومن أصحابنا من قال : يقع عليها طلقتان لأنه لا يؤدى إلى استثناء صحيح ، وليس بشيء ، لأنه لا يبطل الاستثناء : وإنما بقى طلقتان ونصف فسرى النصف . وإن قال لها : أنت طالق طلقتين ونصفاً إلا واحـــدة وقع عليها ثلاث طلقات . واختلف أصحابنا فيه ، فقال ابن الحداد : لأن النصف يسرى واحدة ، واستثناء واحدة من واحدة لا يصح .

وقال القاضى أبو الطيب : لأنه استثناء واحـدة من نصف ، لان الاعتبار بالمنطوق به فى العـدد لا ينافى الشرع ، وان قال : أنت طالق طلقه وطلقة الا طلقة ففيه وجهان ، حكاهما المصنف .

(أحدهما) تطلق طلقة ، لأن الواو فى الاسمين المنفردين كالتثنية ، فصار كما لو قال : أنت طالق طلقتين الا طلقة .

(والثانى) وهو المنصوص فى الام : أنها تطلق طلقتين لان الاستثناء يرجع الى ما يليه وهو طلقة : واستثناء طلقة من طلقة لا يصح . قال الشيخ أبو حامد وان قال : أنت طالق ثم طالق بل طالق الا طلقة ، أو أنت طالق فطالق ثم طالق الا طلقة ، أو أنت طالق وطالق وطالق الا طلقة وقع عليها فى هذه المسائل ثلاث طلقات ، لانه اذا غاير بين الالفاظ وقع بكل لفظ طلقة واستثناء طلقة من طلقة لا يصح . وان قال : أنت طالق خمساً الا ثلاثا ففيه وجهان .

(أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة وأبى على الطبرى : أنه يقع عليها ثلاث ، لان الاستثناء يرجع الى ما يملك من الطلقات ، والذى يملك هو الثلاث فلم يقع من الخمس الا ثلاث ، واستثناء ثلاث من ثلاث لا يصح .

وقال أكثر أصحابنا : انه يقع عليها طلقتان ، لان الاستثناء يرجع فى العدد المنطوق به ، ويكون بالمستثنى منـه مع الاستثناء ما بقى ، فإذا استثنى ثلاثاً من خمس بقى طلقتان . وقد نص الشـافعى فى البويطى على أنه اذا قال : أنت طالق ستاً الا أربعا وقع عليها طلقتان ، وهذا يرد قول أبى على . وان قال لهـا : أنت طالق خمسا الا اثنتين وقع عليها طلقة على قول أبى على وعلى قول سائر أصحابنا

يقع عليها الثلاث ، لأن الاستثناء جعل لاستدراك ما تقدم ، فلا يتقدم على المستثنى منه . وقال الشيخ أبو إسحاق : تقع عليها طلقتان ، لأن الاستثناء يجوز أن يتقدم على المستثنى منه . قال الشاعر :

وما لى إلا آل أحمد شيعة ... ومالى إلا مشعب الحق مشعب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ويصح الاستثناء من الاستثناء لقوله عز وجل « إنا أرسلنا الى قوم مجرمين إلا آل لوط لمنجوهم أجمعين إلا امرأته » فاستثنى آل لوط من المجرمين واستثنى من آل لوط امرأته . وإذا قال أنت طالق ثلاثاً إلا طلقتين إلا طلقة طلقت طلقتين لأن تقديره أنت طالق ثلاثاً إلا طلقتين فلا يقعان إلا طلقة فتقع . وإن قال أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً ففيه وجهان (أحدهما) أنها تطلق ثلاثاً لأنه لا يقع من الخمس إلا ثلاث ؛ فصار كما لو قال أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً (والثانى) أنها تطلق طلقتين ، لأنه لما وصل بالاستثناء علم أنه قصد الحساب . وإن قال أنت طالق خمساً إلا اثنتين ، طلقت على الوجه الأول طلقة ، وعلى الوجه الثانى تطلق ثلاثاً .

وإن قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين ، ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) يقع الثلاث لأن الاستثناء الاول يرفع المستثنى منه فيبطل ؛ والاستثناء الثانى فرع عليه فسقط وبقى الثلاث (والثانى) تطلق طلقتين لأنه لما وصله بالاستثناء صار كأنه أثبت ثلاثا ونفى ثلاثا ثم أثبت اثنتين (والثالث) تقع طلقة لأن الاستثناء الاول لا يصح فسقط وبقى الاستثناء الثانى فيصير كما لو قال أنت طالق ثلاثا إلا طلقتين

(الشرح) هذا الفصل يمكن أن تشد يدك فى مسائله بما ذكرناه فى شرح الفصل قبله ، ونزيدك من مسائله أحكاماً فنقول وبالله التوفيق : يصح الاستثناء من الاستثناء لقوله تعالى « انا أرسلنا الى قوم مجرمين ، الا آل لوط إنا لمنجوهم أجمعين . الا امرأته » فإذا قال أنت طالق ثلاثا الا اثنتين الا واحدة طلقت

طلقتين لأنه أثبت ثلاثا ثم نفى منها اثنتين فبقيت واحدة ، ثم أثبت من الطلقات الثلاث نفى واحدة فصار مثبتا لاثنتين فوقعتا

وإن قال أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا الا اثنتين ففيه ثلاثة أوجه (أحدها) يقع عليه ثلاث طلقات لأن الاستثناء الاول باطل فسقط والثانى عائد اليه وتابع له فسقطا (والثانى) من الاوجه الثلاثة يقع عليها طلقة ، لأن الاستثناء الاول باطل فسقط وبقى الثانى ، فكان عائداً الى الاثبات ، فكأنه قال : ثلاثا الا طلقتين (والثالث) يقع عليها طلقتان ، لأن استثناء الثلاث من الثلاث إنما لا يصح اذا اقتصر عليه ، فأما إذا أتبعه استثناء آخر بنى عليه فكأنه أثبت ثلاثا ونفى ثلاثا ، ثم أثبت اثنتين فوقعتا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة . وقال أبوها شئت واحدة ، لم تطلق ، لأن الاستثناء من الاثبات نفى ، فيصير تقديره أنت طالق ثلاثا الا أن يشاء أبوك واحدة ، فلا يقع طلاق

(فصل) وإن قال امرأتى طالق أو عبدى حر ؛ أو لله علىّ كذا ، أو والله لأفعلن كذا إن شاء الله ، أو بمشيئة الله ، أو ما لم يشأ الله ، لم يصح شىء من ذلك لما روى ابن عمر رضى الله عنه ، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على يمين ثم قال ان شاء الله كان له ثنيا ، وروى ابو هريرة رضى الله عنه قال ، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من حلف فقال ان شاء الله لم يحنث ، ولأنه علق هذه الأشياء على مشيئة الله تعالى ، ومشيئته لا تعلم ، فلم يلزم بالشك شىء . وان قال أنت طالق الا أن يشاء الله ففيه وجهان (أحدهما) لا تطلق لأنه مقيد بمشيئة الله تعالى ، فأشبه اذا قال أنت طالق ان شاء الله (والثانى) وهو المذهب انها تطلق لأنه أوقع الطلاق وعلق رفعه بمشيئة الله تعالى ، ومشيئة الله لا تعلم فسقط حكم رفعه وبقى حكم ثبوته ، ويخالف اذا قال : أنت طالق ان شاء الله ، فإنه علق الوقوع على مشيئة الله تعالى

(فصـــل) ولا يصح الاستثناء فى جميع ما ذكرناه الا أن يكون متصلا بالكلام ، فإن انفصل عن الكلام من غير عـذر لم يصح لأن العرف فى الاستثناء أن يتصل بالكلام : فإن انفصل لضيق النفس صح الاسـتثناء لأنه كالمتصل فى العرف ولا يصح الا أن يقصد اليه ، فأما اذا كانت عادته فى كلامه أن يقول : ان شاء الله ، فقال ان شاء الله على عادته لم يكن اسـتثناء ، لأنه لم يقصده . واختلف أصحابنا فى وقت نية الاستثناء فمنهم من قال : لا يصح الا أن يكون ينوى ذلك من ابتداء الكلام ، ومنهم من قال اذا نوى قبل الفراغ من الكلام جاز .

(فصل) اذا قال : يا زانية أنت طالق ان شاء الله ، أو أنت طالق يا زانية ان شاء الله رجع الاستثناء الى الطلاق ، ولا يرجع الى قوله يا زانية لأن الطلاق ايقاع لجاز تعليقه بالمشيئة ، وقوله يازانية صفة فلا يصح تعليقها بالمشيئة ، ولهذا يصح أن يقول أنت طالق ان شاء الله ولا يصح أن يقول أنت زانية ان شاء الله وان كانت له امرأتان حفصة وعمرة ، فقال حفصة وعمرة طالقان ان شـاء الله لم تطلق واحـدة منهما ، وان قال حفصة طالق وعمرة طالق ان شاء الله فقد قال بعض أصحابنا تطلق حفصة ولا تطلق عمرة ، لأن الاستثناء يرجع الى مايليه وهو طلاق عمرة ، ويحتمل عندى أن لا تطلق واحدة منهما ، لأن المجموع بالواو كالجملة الواحدة .

(فصل) وان طلق بلسانه واستثنى بقلبه نظرت . فإن قال أنت طالق ونوى بقلبه ان شاء الله لم يصح الاستثناء ولم يقبل فى الحكم ولا يديّن فيه ، لأن اللفظ أقوى من النية لأن اللفظ يقع به الطلاق من غير نية ، والنية لا يقع بها الطلاق من غير لفظ ، فلو أعملنا النية لرفعنا القوى بالضعيف ، وذلك لا يجوز ، كنسخ الـكتاب بالسنة وترك النص بالقياس .

وان قال نسائى طوالق واستثنى بالنية بعضهن دين فيه لأنه لا يسقط اللفظ بل يستعمله فى بعض ما يقتضيه بعمومه ، وذلك يحتمل فدين فيه ؛ ولا يقبل فى الحكم . وقال أبو حفص الباب بشامى : يقبل فى الحكم لأن اللفظ يحتمل العموم والخصوص . وهذا غير صحيح لأنه وان احتمل الخصوص الا أن الظاهر العموم فلا يقبل فى الحكم دعوى الخصوص ، فإن قال امرأتى طالق ثلاثا واستثنى بقلبه

الا طلقه أو طلقتين لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف مايقتضيه اللفظ . وهل يدين ؟ فيه وجهان (أحدهما) يدين لأنه لايسقط حكم اللفظ ، وانما يخرج بعض مايقتضيه فدين فيه ، كما لو قال نسائى طوالق واستثنى بالنية بعضهن (والثانى) لا يدين وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفرايني رحمه الله ، لأنه يسقط ما يقتضيه اللفظ بصريحه بما دونه من النية ، وان قال لأربع نسوة : أربعكن طالق واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل فى الحكم ، وهل يدين؟ فيه وجهان (أحدهما) يدين (والثانى) لا يدين ووجههما ما ذكرناه فى المسئلة قبلها

(الشرح) حديث ابن عمر أخرجه من أصحاب السنن أبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه والدارقطنى . ورجاله عندهم رجال الصحيح ، ولفظه عند أكثرهم « من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه » ولفظ « كان له ثنياه » سيأتى فى رواية أبى هريرة .

أما حديث أبى هريرة فقد أخرجه أحمد والترمذى وابن ماجه وقال « فله ثنياه » والنسائى وقال « فقد استثنى » وأخرجه أيضا ابن حبان وهو من حديث عبد الرزاق عن معمر عن ابن طاوس عن أبيه عن أبى هريرة . قال البخارى : أخطأ فيه عبد الرزاق واختصره عن معمر من حديث « أن سليمان بن داود عليه السلام قال لأطوفن الليلة على سبعين امرأة الخ الحديث وفيه : فقال النبى صلى الله عليه وسلم لو قال ان شاء الله لم يحنث » رواه الترمذى عن البخارى . وللحديث طرق رواها الشافعى وأحمد وأصحاب السنن وابن حبان والحاكم من حديث ابن عمر . قال الترمذى لانعلم أحداً رفعه غير أيوب السختيانى . وقال ابن علية كان أيوب تارة يرفعه وتارة لا يرفعه . قال ورواه مالك وعبيد الله بن عمر وغير واحد موقوفا . قال الحافظ بن حجر : هو فى الموطأ كما قال البيهقى . وقال لا يصح رفعه الا عن أيوب مع أنه شك فيه وتابعه على لفظه العمرى عبد الله وموسى بن عقبة وكثير ابن فرقد وأيوب بن موسى ، وقد صححه ابن حبان وقد وردت معنى هذين الحديثين عن عكرمة عن ابن عباس عند أبى داود من فعله صلى الله عليه وسلم « أنه صلى الله عليه وسلم قال : والله لاغزون قريشا ، ثم قال ان شاء الله ، ثم قال والله لاغزون قريشا ، ثم قال ان شاء الله ، ثم قال والله لاغزون قريشا ثم سكت ثم قال

ان شاء الله ، ثم لم يغزهم . قال أبو داود : وقد أسنده غير واحد عن عكرمة عن ابن عباس ، وقد رواه البيهقي موصولا ومرسلا . قال ابن أبي حاتم في العلل : الأشبه الإرسال ، وقال ابن حبان في الضعفاء : رواه مسعر ، وشريك أرسله مرة ووصله أخرى .

أما الاحكام : فإنه إذا قال : أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك واحدة فقال أبوها : شئت واحدة لم يقع عليها طلاق ، لأنه أوقع الطلاق بشرط أن يشاء أبوها واحدة ، فإذا شاء أبوها واحدة لم يوجد الشرط فلم يقع الطلاق ، كما لو قال : أنت طالق إلا أن تدخلي الدار أو إن لم تدخلي الدار ، فدخلت الدار فإنها لا تطلق . قال العمراني : ولا أعلم نصاً في اعتبار وقت المشيئة ؛ والذي يقتضي القياس أن المشيئة تعتبر أن تكون عقيب إيقاع الزوج ، كما لو علق إيقاع الطلاق على مشيئة الأب .

(مسأله) قوله : وان قال إمرأتي طالق الخ ، فهذا كما قال ، اذ لو قال لامرأته أنت طالق ان شاء الله . أو قال لعبده : أنت حر ان شاء الله أو علىّ كذا وكذا أو والله لأفعلن كذا أو عليّ لفلان كذا ان شاء الله ، لم يلزمه شيء من ذلك ، وبه قال طاوس والحكم وأبو حنيفه وأصحابه .

وقال مالك والليث : يدخل الاستثناء في الأيمان دون الطلاق والعتق والنذر والاقرار ، وقال الأوزاعي وابن أبي ليلى : يدخل الاستثناء في اليمين والطلاق دون غيره ، وقال أحمد : يدخل الاستثناء في الطلاق دون العتق . دليلنا حديث ابن عمر حيث لم يفرق بين أن يحلف بالله أو يحلف بالطلاق ، ولأنه علق الطلاق بمشيئة من له مشيئه فلم تقع قبل العلم بمشيئته كما لو علق بمشيئة زيد ، وفي كتاب الايمان مزيد ان شاء الله .

فإذا ثبت هذا : فقال لامرأته : أنت طالق ان شاء الله أو اذا شاء الله أو متى شاء الله أو بمشيئة الله لم يقع الطلاق لأنه علق وقوع الطلاق بمشيئة الله ، ومشيئته بذلك لا تعلم ، فإن قال : أنت طالق ان لم يشأ الله أو مالم يشأ الله لم يقع الطلاق ، لأنه لا نعلم أنه لم يشأ ، كما لا يعلم أنه شاء .

وحكى صاحب الفروع وجهاً آخر أنه يقع عليها الطلاق . وانما علق دفعه

بمشيئة الله ونحن لا نعلمها ، والمشهور هو الأول وان قال : أنت طالق الا أن يشاء الله ففيه وجهان ،

(أحدهما) لا يقع عليها الطلاق ، لأنه علق الطلاق بمشيئة الله فلم يقع ، كما لو قال : ان شاء الله .

(والثانى) وهو المذهب : أنه يقع الطلاق ، لأنه أوقع الطلاق ، وانما علق رفعه بمشيئة الله ، ومشيئة الله لا تعلم فثبت الايقاع وبطل الرفع .

(فرع) ولا يصح الاستثناء الا ان كان متصلا بالكلام لأن هذا هو العرف فى الاستثناء ، فان انفصل لضيق نفس كان كالمتصل لان انفصاله لعذر ، ولا يصح الا ان قصد بالنيه ، والتقييد بمشيئة الله مانع من الوقوع ، وقد ذهب الى ذلك الجمهور ، وادعى عليه ابن العربى الاجماع قال : أجمع المسلمون على أن قوله : ان شاء الله يمنع انعقاد اليمين بشرط كونه متصلا ، قال : ولو جاز منفصلا كما روى بعض السلف لم يحنث أحد قط فى يمين ولم يحتج الى كفارة ، قال : واختلفوا فى الاتصال ، فقال مالك والاوزاعى والشافعى والجمهور : هو أن يكون قوله : ان شاء الله متصلا باليمين من غير سكوت بينهما ولا يضر سكتة النفس .

وعن طاوس والحسن وجماعة من التابعين أن له الاستثناء مالم يقم من مجلسه وقال قتادة : مالم يقم أو يتكلم . وقال عطاء : قدر حلبة ناقه . وقال سعيد بن جبير : يصح بعد أربعة أشهر ، وعن ابن عباس : له الاستثناء أبداً ، ولا فرق بين الحالف بالطلاق والحالف بالله أو الحالف بالعتاق ، واستثنى أحمد رضى الله عنه العتاق قال : لحديث ، اذا قال : أنت طالق ان شاء الله لم تطلق ، وان قال لعبده : أنت حر ان شاء الله فإنه حر ، وقد تفرد به حميد بن مالك وهو مجهول كما قال البيهقى ، وذهب الهادويه الى أن التقييد بالمشيئة يعتبر فيه مشيئة الله فى تلك الحال باعتبار ما يظهر من الشريعة ، فإن كان ذلك الأمر الذى حلف على تركه وقيد الحلف بالمشيئة محبوباً لله فعله لم يحنث بالفعل ، وان كان محبوباً لله تركه لم يحنث بالترك ، فإذا قال : والله ليتصدقن ان شاء الله حنث بترك الصدقه ، لأن الله يشاء التصدق فى الحال ، وان حلف ليقطعن رحمه ان شاء الله لم يحنث بترك القطع لأن الله تعالى يشاء ذلك الترك .

قوله : وإن طلق بلسانه واستثنى بقلبه الخ . وهذا يدل بمفهومه على أنه إذا استثنى بلسانه صح ولم يقع ما استثناه بقلبه ، وهو قول جماعة أهل العلم .

وقال الخرقي من الحنابلة ، إذا طلقها بلسانه واستثنى شيئا بقلبه وقع الطلاق ولم ينفعه الاستثناء . وجملة ذلك أن ما يتصل باللفظ من قرينة أو استثناء منه ما لا يصح نطقا ولا نية ، مثل أن يرفع حكم اللفظ كله ، وهذا قد مضى بيانه . ومنها ما يقبل لفظا ولا يقبل نية في الحكم ، وهل يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ؟ وجهان (أحدهما) لا يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، وبه قال أحمد وأكثر أصحاب الشافعي . وهذا استثناء الأول ، فإنه لا يصح إلا لفظا لأنه من لسان العرب ، ولا يصح بالنية لأن العدد نص فيما تناوله لا يحتمل غيره ، فلا يرتفع بالنية ما ثبت بنص اللفظ ، فإن اللفظ أقوى من النية ، فلو نوى بالثلاث اثنتين كان مستعملا للفظ في غير ما يصلح له فوقع مقتضى اللفظ ولغت نيته

وقال بعض أصحابنا : انه يقبل فيما بينه وبين الله تعالى ، كما لو قال : نسائي طوالق واستثنى بقلبه الا فلانة ، والفرق بينهما أن نسائي اسم عام يجوز التعبير به عن بعض ما وضع له ، وقد استعمل العموم بإزاء الخصوص كثيراً . فإذا أراد به البعض صح .

وقوله « ثلاثا » اسم عدد للثلاث لا يجوز التعبير به عن عدد غيرها ، ولا يحتمل سواها بوجه من الوجوه ، فإذا أراد بذلك اثنتين فقد أراد باللفظ ما لا يحتمله . وإنما تعمل النية في صرف اللفظ المحتمل الى أحد محتملاته . فأما ما لا يحتمل فلا ، فإنا لو عملنا به فيما لا يحتمل كان عملا بمجرد النية ، ومجرد النية لا يعمل في نكاح ولا طلاق ولا بيع .

ولو قال : نسائي الأربع طوالق ، أو قال لهن : أربعتكن طوالق ، واستثنى بعضهن بالنية لم يقبل على قياس ما ذكرناه ، ولا يدين فيه ، لأنه عنى باللفظ ما لا يحتمل .

ومنها ما يصح نطقاً إذا نواه دين فيما بينه وبين الله تعالى ، مثل تخصيص اللفظ العام أو استعمال اللفظ في مجازه مثل قوله : نسائي طوالق ، يريد بعضهن

أو ينوى بقوله طالق ، أى من وثاق ، فهذا يقبل كما قررنا من قبل إذا كان لفظا وجها واحد لأنه وصل كلامه بما بين مراده وإن كان بنيته قبل فيما بينه وبين الله تعالى لأنه أراد تخصيص اللفظ العام واستعماله في الخصوص وهذا سائغ في الكلام فلا يمنع من استعماله والتكلم به ، وكون اللفظ بنيته منصرفا الى ما أراده دون ما لم يرده ، وهل يقبل ذلك فى الحكم . مذهبنا أنه لا يقبل فى الحكم لأنه خلاف الظاهر . ومن شرط هذا أن تكون النية مقارنة للفظ . وهو أن يقول : نسائى طوالق ، يقصد بهذا اللفظ بعضهن . فأما ان كانت النية متأخرة عن اللفظ فقال نسائى طوالق ثم بعد فراغه نوى بقلبه بعضهن لم تنفعه النية ووقع الطلاق بجميعهن . وكذلك لو طلق نساءه ونوى بعد طلاقهن أى من وثاق لزمه الطلاق لأنه مقتضى اللفظ .

والقاعدة فى ذلك كله (أولا) ارادة الخاص بالعام شائع فى اللغة ومستساغ (ثانيا) ارادة الشرط من غير ذكره غير سائغ فهو كالاستثناء . واللفظ العام الذى لم يرد به غير مقتضاه وجب العمل بعمومه ، والعمل بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ، لأن دليل الحكم هو اللفظ ، فيجب اتباعه والعمل بمقتضاه فى خصوصه وعمومه ، ولذلك لو كان أخص من السبب لوجب قصره على خصوصه واتباع صفة اللفظ دون صفة السبب . والله تعالى أعلم بالصواب .

قال المصنف رحمه الله :

باب الشرط فى الطلاق

إذا علق الطلاق بشرط لا يستحيل كدخول الدار ومجىء الشهر تعلق به . فإذا وجد الشرط وقع ؛ واذا لم يوجد لم يقع . لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « المؤمنون عند شروطهم » ولأن الطلاق كالعتق لأن لكل واحد منهما قوة وسراية . ثم العتق اذا علق على شرط وقع بوجوده ولم يقع قبل وجوده فكذلك الطلاق . فإن علق الطلاق على شرط ثم قال : عجلت ما كنت علقت على الشرط لم تطلق فى الحال لانه تعلق بالشرط ولا يتغير . واذا وجد الشرط طلقت .

وإن قال أنت طالق ثم قال : أردت إذا دخلت الدار ، أو إذا جاء رأس الشهر لم يقبل فى الحكم ، لأنه يدعى خلاف ما يقتضيه اللفظ بظاهره . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يدعى صرف الكلام عن ظاهره الى وجه يحتمله فدين فيه كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد طلاقا من وثاق فإن قال أنت طالق ان دخلت الدار وقال أردت الطلاق فى الحال . ولكن سبق لسانى الى الشرط لزمه الطلاق فى الحال ، لأنه أقر على نفسه بما يوجب التغليظ من غير تهمة .

(فصل) والألفاظ التى تستعمل فى الشرط فى الطلاق : من . وان . واذا ومتى . واى وقت . وكلما . وليس فى هذه الألفاظ ما يقتضى التكرار الا قوله كلما فإنه يقتضى التكرار . فإذا قال من دخلت الدار فهى طالق ، أو قال لامرأته ان دخلت الدار أو اذا دخلت الدار ، أو متى دخلت الدار أو أى وقت دخلت الدار فأنت طالق ، فوجد الدخول وقع الطلاق . وإن تكرر الدخول لم يتكرر الطلاق لأن اللفظ لا يقتضى التكرار .

وإن قال كلما دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت طلقت . وان تكرر الدخول تكرر الطلاق لأن اللفظ يقتضى التكرار

(الشرح) حديث « المؤمنون عند شروطهم » مضى تخريجه فى غير موضع من المجموع وتكملتيه

أما الأحكام فإنه اذا علق طلاق امرأته بشرط غير مستحيل لم يقع الطلاق قبل وجود الشرط . سواء كان الشرط يوجد لامحالة ، كقوله إذا طلعت الشمس فأنت طالق . أو كان الشرط قد يوجد وقد لا يوجد . كقوله إذا قدم القطار من الاسكندرية فأنت طالق ، هذا مذهبنا وبه قال أبو حنيفة والثورى وأحمد وإسحاق وقال الزهرى وابن المسيب والحسن البصرى ومالك : إذا علق الطلاق بشرط يوجد لامحالة كمجىء الليل والنهار والشمس والقمر وما أشبههما وقع عليها الطلاق فى الحال قبل وجود الشرط .

دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « المؤمنون عند شروطهم » ولأنه علق على شرط غير مستحيل فلم يقع الطلاق قبل وقوع الشرط ، كما لو علقه على قدوم

القطار . وقولنا « على شرط غير مستحيل » احتراز عما اذا علقه على صعود السماء بدون طائرة أو أجهزة للصعود كالصواريخ والاقمار الصناعية وما اليها من وسائل معروفة فى عصرنا هذا ، وكذلك احتراز عما اذا علقه على شرب جميع البحر

وإن علق طلاقها على شرط ثم قال قبل وجود الشرط : عجلت ما كنت علقت على الشرط ، لم تطلق فى الحال . لأنه تعلق بالشرط فلا يتعجل بلفظ التعجيل كالدين المؤجل .

وإن قال أنت طالق ثم قال : أردت اذا دخلت الدار لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لانه يحتمل ما يدعيه . وان قال أنت طالق ان دخلت الدار ، ثم قال : أردت به الطلاق فى الحال وانما سبق لسانى الى الشرط قبل قوله لان فى ذلك تغليظا عليه

قوله « من وان واذا ومتى وأى وقت وكلما » ومن هذه تستعمل للشرط وللصلة وان للشرط وللنفى وتأتى زائدة ومخففة من انّ « وان نظنك لمن الكاذبين » و « اذا » تأتى للشرط والمفاجأة ؛ ولربط الجواب بالشرط نحو « وان تصبهم سيئة بما قدمت أيديهم اذا هم يقنطون » والاشهر أنها ظرف و « متى » للزمان ، ومثلهان أيان نحواً لا فقهاً و « كلما » تقتضى التكرار لجواب شرطها ولا ينبغى جواب الشرط كما يفعل أكثر أهل هذا الزمان من المتعالمين فإنه يكثر فى استعمالهم تكرار كلما فى الجملة ، فيقولون مثلا : كلما استقمت ، كلما رضى الله عنك » وهو خطأ فادح ، أو كلما أسأت الى كلما ازددت حلما . فكلما الثانية فى الجملة مقحمة بغير مسوغ .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان كانت له امرأة لا سنة فى طلاقها ولا بدعة ، وهى الصغيرة التى لم تحض أو الكبيرة التى يئست من الحيض أو الحامل أو التى لم يدخل بها ، فقال لها أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة ، طلقت لوجود الصفة . وان قال أنت طالق للسنة أو للبدعة ، أو أنت طالق للسنة والبدعة ، طلقت لانه وصفها صفة لا تتصف بها ، فلغت الصفة وبقى الطلاق فوقع ، فإن قال للصغيرة أو الحامل

أو التى لم يدخل بها أنت طالق للسنة أو أنت طالق للبدعه ، وقال أردت به إذا صارت من أهل سنة الطلاق أو بدعته طلقت فى الحال ، ولم يقبل ما يدعيه فى الحكم ، لأن اللفظ يقتضى طلاقا ناجزا ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

وإن كانت له امرأة لها سنة وبدعة فى الطلاق وهى المدخول بها اذا كانت من ذوات الأقراء ، فقال لها أنت طالق للسنة — فإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه — طلقت فى الحال لوجود الصفة . وان كانت فى حيض أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة ، واذا طهرت من غير جماع طلقت لوجود الصفة

وإن قال أنت طالق للبدعة — فان كانت حائضاً أو فى طهر جامعها فيه — طلقت فى الحال لوجود الصفة ؛ وإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم تطلق فى الحال لفقد الصفة ، فاذا جامعها أو حاضت طلقت لوجود الصفة

وإن قال أنت طالق للسنة إن كنت فى هذه الحالة ممن يقع عليها طلاق السنة — فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه — طلقت لوجود الصفة ، وإن كانت حائضاً أو فى طهر جامعها فيه لم تطلق فى الحال لعدم الصفة وان صارت فى طهر لم تجامع فيه لم تطلق أيضا لأنه شرط أن تكون للسنة وأن تكون فى تلك الحال . وذلك لا يوجد بعد انقضاء الحال

وإن قال لها أنت طالق للسنة وللبدعة ، أو أنت طالق طلقة حسنة قبيحة ، طلقت فى الحال طلقة ، لأنه لا يمكن إيقاع طلقة على هاتين الصفتين ، فسقطت الصفتان وبقى الطلاق فوقع

وإن قال أنت طالق طلقتين طلقة للسنة وطلقة للبدعة طلقت فى الحال طلقة فاذا صارت فى الحالة الثانية طلقت طلقة . وان قال أنت طالق طلقتين للسنة وللبدعة ففيه وجهان

(أحدهما) يقع طلقة فى حال السنه وطلقه فى حال البدعه ، لأنه يمكن إيقاعها على الصفتين فلم يجز إسقاطها

(والثانى) يقع فى الحال طلقتان ، لأن الظاهر عود الصفتين الى كل واحدة من الطلقتين وإيقاع كل واحدة منهما على الصفتين لا يمكن فلغت الصفتان

ووقعت الطلقتان . وإن قال أنت طالق ثلاثاً للسنة وقع الثلاث فى طهر لم يجامعها فيه ، لأن ذلك طلاق للسنة :

وإن قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة وقع فى الحال طلقتان لأن إضافة الطلاق اليهما يقتضى التسوية . فيقع فى الحال طلقة ونصف ثم يكمل فيصير طلقتين ، ويقع الباقى فى الحالة الاخرى . وإن قال أردت بالبعض طلقة فى هذه الحال وطلقتين فى الحالة الاخرى ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، إنه لا يقبل قوله فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق فصار كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد إذا دخلت الدار

(والثانى) وهو المذهب أنه يقبل فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأن البعض يقع على القليل والكثير حقيقة ، ويخالف دعوى دخول الدار ، فإن الظاهر إنجاز الطلاق فلم تقبل فى الحكم دعوى التأخير .

(الشرح) النساء على ضربين : ضرب لا سنة فى طلاقهن ولا بدعة وهن أربع (١) التى لم يدخل بها (٢) والصغيرة (٣) والآيسة من الحيض (٤) والتى استبان حملها . وضرب فى طلاقهن سنة وبدعة وهى المدخول بها إذا كانت من ذوات الأقراء .

اذا ثبت هذا فقال لمن لا سنة فى طلاقها ولا بدعة : أنت طالق للسنة أو البدعة طلقت فى الحال لأنه علق الطلاق بصفة لا تتصف بها المرأة ، فألغيت الصفه وصار كما لو قال أنت طالق . وان قال أنت طالق لا للسنه ولا للبدعه طلقت فى الحال لوجود الصفه .

وان قال للصغيرة المدخول بها أو الحامل أنت طالق للسنه أو للبدعه ثم قال : أردت بها اذا صارت من أهل سنة الطلاق وبدعته لم يقبل فى الحكم ، لأنه يريد تأخير الطلاق من أول وقت يقتضيه فلم يقبل ، كما لو قال أنت طالق ثم قال أردت إذا دخلت الدار ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، فيقال أمسك امرأتك فيما بينك وبين الله تعالى الى أن تحيض الصغيرة وتلد الحامل ان علقه على البدعه ،

والى أن تطهر إن علقه على السنه ، ولا يجىء هذا فى الآيسه ، وهل يجىء هذا فى التى لم يدخل بها ؟ اختلف الشيخان فيها ، فذكر أبو حامد أنه لا يجىء فيها . وذكر أبو اسحاق المروزى أنه يجىء فيها هذا .

(فرع) وان قال لمن لا سنه فى طلاقها ولا بدعه : أنت طالق للسنه ان كنت فى هذا الحال ممن يقع عليها طلاق السنه ، أو أنت طالق للبدعه ان كنت الان ممن يقع عليها طلاق البدعه . قال الشافعى رضى الله عنه فى الام : وقع عليها الطلاق فى الحال . فحكى ابن الصباغ أن القاضى أبا الطيب قال : فيه نظر ، وأن الشيخ أبا حامد قال : لا يقع الطلاق لأن الشرط لم يوجد ، كقوله ان كنت علويه فأنت طالق وليست بعلويه ، ويخالف الصفه لأنها تلغى اذا لم تتصف بها

قال ابن الصباغ : وكما قال الشافعى عندى وجه آخر ، وهو أن قوله : أنت طالق للسنه ان كان عليك طلاق السنه ، يقتضى طلاقا مضافا الى السنه وهو يقع عليها . وقوله : وصفها بصفه محال يريد اذا قال أنت طالق للسنه فإنه تلغو الصفه هكذا أفاده العمرانى فى البيان

(مسأله) قوله وان كانت له امرأة لها سنه وبدعه فى الطلاق الخ فهو كما قال ، اذ لو قال لها أنت طالق للسنه — فإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه طلقت لوجود السنه ، وان كانت فى طهر جامعها أو فى حيض لم تطلق لعدم الصفه ، فاذا طهرت من الحيض طلقت لوجود الصفه — وان كانت فى طهر جامعها فيه أو فى حيض لم تطلق لعدم الصفه ، فإذا طهرت من الحيض طلقت بأول جزء من الطهر وقال أبو حنيفه : ان طهرت لأكثر الحيض طلقت بأول جزء من الطهر ؛ وان طهرت لدون أكثر الحيض لم تطلق حتى تغتسل .

دليلنا أن كل طهر لو صادف غسلا وقع فيه الطلاق وجب أن يقع فيه الطلاق وان لم يصادف الغسل ؛ كما لو طهرت لأكثر الحيض

وان جامعها فى آخر الحيض وانقطع الدم فى حال الجماع لم يقع عليها طلاق ، لانه طهر صادفه الجماع ، وان وطئها فى أثناء الحيض وطهرت بعده فإن القفال قال : لا يطلق بالطهر اذا علقه بالسنه لاحتمال أن تكون قد علقت منه ، ووجود بقيه الحيض لا يدل على براءة رحمها ، كما لا يكون بعض الحيض استبراء فى الأمة

وإن قال أنت طالق للبـدعة ، فإن كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفة . وهكذا إن كانت فى طهر لم يجامعها فيه ، ولكنها استدخلت ماء الزوج ، وقع عليها الطـلاق لاحتمال أن تكون علقت منه ، وان وطئها فى الدبر أو فيما دون الفرج ولم يتحقق وصول الماء إلى رحمها فليس بطلاق توقعه . وإن كانت العـدة واجبة عليها لأن العدة تجب مرة لبراءة الرحم ومرة للتعبد . وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق ، فإذا طعنت فى الحيض أو غيب الحشفة فى الفرج بعد ذلك وقع عليها الطلاق لوجود الصفة

(فرع) إذا تزوج امرأة حاملا من الزنا فهل يجوز له وطؤها قبل وضعها ؟ فيه وجهان المشهور أنه يجوز .

اذا ثبت هذا ودخل بها ثم قال لها : أنت طالق للسنة لم تطلق حتى تلد وتطهر من النفاس ، لأن هذا الحمل لا حكم له فكان وجوده كعدمه

ونخلص الى فرع آخر ذكره الشافعى فى الام : اذا قال لمن لها سنة وبدعة فى طلاق : أنت طالق للسنة ان كنت ممن يقع عليها طلاق السنة ، فإن كانت فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لوجود الصفه وان كانت فى طهر جامعها فيه أو حائضا لم يقع عليها الطلاق لعـدم الصفه ، فان طلقت بعد ذلك فى الطهر لم يقع عليها الطلاق لأنه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ممن يقع عليها طلاق السنه ولم توجد الصفه .

وان قال لها : أنت طالق للبدعه ان كنت الان ممن يقع عليها طلاق البدعه ، فان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه ، وقع عليها الطلاق لوجود الصفة ، وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم يقع عليها الطلاق ، فإن جامعها أو حاضت لم يقع عليها الطلاق ، لأنه شرط أن يكون حال عقد الطلاق ولم يوجد الشرط ، وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه فقال : أنت طالق للبـدعه فقد قلنا : لا يقع عليها الطلاق فى الحال ، فان قال أنا أردت طلاق السنه ، وإنما سبق لسانى فى البدعه ، وقع عليها الطلاق ، لأن فيه تغليظا عليه

ونستطرد الى فرع آخر فى المسأله هـذه : اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنه وكانت فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الثلاث ، لان السنه والبدعه للوصف

عندنا دون العدد ، فإن قال أردت السنة على مذهب مالك وأبي حنيفة أنه يقع في كل هذه طلقه لم يقبل في الحكم ، لأنه يريد تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، بدليل أنه لو صرح به في الطلاق حمل عليه ، فيقع عليها في الحال طلقه ، فان لم يراجعها فإنها اذا حاضت ثم طهرت طلقت أخرى . ثم اذا حاضت وطهرت طلقت الثالثـة وبانت وان راجعها بعد الأولة ووطئها فانها اذا حاضت وطهرت طلقت الثانية وبأول الطهر فاذا راجعها ثانياً ووطئها ثم حاضت وطهرت طلقت الثالثة وبانت واستأنفت العـدة . وان راجعها ولم يطأها حتى حاضت ثم طهرت طلقت الثانية بأول الطهر الثاني ، فإن راجعها ثانيا ولم يطأها حتى حاضت وطهرت وقعت الثالثة وبانت . وهل تبنى على عدتها أو تستأنف ؟ على القولين اللذين يأتي ذكرهما . قال الشافعي رضي الله عنه : ويسعه أن يطأها وعليها الهرب وله الطلب ، لأنه يعتقدها زوجته وهي تعتقد أنها غير زوجته .

وثم فرع آخر وهو : إن قال لمن لها سنة وبدعة في الطلاق : أنت طالق للسنة وأنت طالق للبـدعه ، وقع عليها في الحال طلقه وفي الحالة الثانية طلقة أخرى .

وان قال أنت طالق طلقتين للسنة والبدعه ففيه وجهان

(أحدهما) يقع عليها في الحال طلقتان لأن الظاهر عود الصفتين الى كل واحـدة من الطلقتين ، وإيقاع كل واحدة من الطلقتين على الصفتين لا يمكن ، فسقطت الصفتان وبقيت الطلقتان فوقعتا .

(والثاني) يقع عليها في الحال طلقه ، فاذا صـارت في الحالة الثانيه وقعت عليها الثانيه : لأن الظاهر أنها تعود الى غير الإنقاص

وإن قال لها أنت طالق ثلاثا للسنه وثلاثا للبـدعه وقع عليها في الحال ثلاث لأنها في إحدى الحالتين وبانت بها .

وإن قال لها أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنه وبعضهن للبدعه وأطلق ذلك ولم يقيده بلفظ ولا نيه وقع عليها في الحال طلقتان . وإذا صارت الى الحالة الأخرى وقع عليها الطلقه الثالثه

وقال المزني : يقع عليها في الحال الطلقه وفي الحال الثـانيه طلقتان ، لأن

البعض يقع على الاقل والا كثر فأوقعنا الواحدة لأنها بيقين ، وما زاد مشكوك فيه ، فالمذهب الأول لأنه أضاف الثلاث الى الحالتين وساوى بينهما فى الإضافه فالظاهر أنه أراد التسويه بينهما فى الثلاث ، كما لو قال بعض هذه الدار لزيد وبعضها لعمرو فإنها تكون بينهما نصفين . وإذا كان كذلك كان للحالة الاولى طلقه ونصف فيسرى هذا النصف فوقع طلقتان

فإن قيل هلا قلتم يقع فى الحال ثلاث طلقات لأنه يقتضى أن تكون بعض كل طلقه من الثلاث للسنه وبعضها للبدعه ، فيخص كل طلقه ثلاثة أبعاض من الثلاث طلقات فتكمل الابعاض

فالجواب أنا لا نقول هذا ، لأن كل عدد أمكن قسمته قسمة صحيحه من غير كسر لم يجز قسمته على الكسر . وفى مسألتنا يمكن قسم طلقتين من الثلاث جبراً على الحالين فلم يتبعضا .

وإن قيد ذلك باللفظ بأن قال أنت طالق ثلاثا نصفها للسنه ونصفها للبدعه وقع طلقتان وفى الحال الثانيه طلقه لما ذكرناه . وان قال واحدة للسنه واثنتين للبدعه ، أو قال اثنتين للسنه وواحدة للبدعه حمل على ماقيده بقوله وان لم يقيده باللفظ بل قال أنت طالق ثلاثا بعضهن للسنه وبعضهن للبدعه ، ثم قال أنا أردت نصفهن للسنه ونصفهن للبدعه . أو أردت فى الحاله الأولى طلقتين وفى الثانيه طلقه حمل على ذلك ، لأنه لو لم ينو ذلك لحمل اطلاقه عليه فكذلك اذا نواه . وان قال أردت فى الحالة الاولى طلقه وفى الحاله الثانيه طلقتين ، فاختلف أصحابنا فيه : فقال أبو على بن أبى هريرة : لا يقبل فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الظاهر أنه أراد التسويه فلا يقبل قوله فيما يخالف الظاهر . ومنهم من قال يقبل فى الحكم وهو الصحيح ، لأن البعض يقع على الاقل والأكثر . فإذا أخبر أنه نوى ذلك قبل منه كما لو قيده باللفظ . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال ان قدم فلان فأنت طالق ، فقدم وهى فى طهر لم يجامع فيه وقع طلاق سنه ، وان قدم وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه وقع طلاق بدعه

إلا أنه لا يأثم لأنه لم يقصد ، كما اذا رمى صيداً فأصاب آدميا فقتله ، فإن القتل صادف محرما لكنه لم يأثم لعدم القصد . وان قال ان قدم فلان فأنت طالق للسنة فقدم وهى فى حال السنة طلقت . وان قدم وهى فى حال البدعة لم تطلق حتى تصير إلى حال السنة ، لأنه علقه بعد القدوم بالسنة

(فصل) وان قال أنت طالق أحسن الطلاق وأكمله وأعدله ، وما أشبهها من الصفات الحميدة ، طلقت للسنة لأنه أحسن الطلاق وأكمله وأعدله ، وإن قال أردت به طلاق البدعة ، واعتقدت أن الأعدل والأكمل فى حقها لسوء عشرتها أن تطلق للبدعة نظرت ، فإن كان ما يدعيه من ذلك أغلظ عليه ، بأن تكون فى الحال حائضا أو فى طهر جامعها فيه ، وقع طلاق بدعة . لان ما ادعاه أغلظ عليه واللفظ يحتمله فقبل منه . وان كان أخف عليه بأن كانت فى طهر لم يجامع فيه دُيّن فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم ، لأنه مخالف للظاهر .

فإن قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه وما أشبههما من صفات الذم طلقت فى حال البدعة لأنه أقبح الطلاق وأسمجه . وان قال أردت طلاق السنة واعتقدت أن طلاقها أقبح الطلاق وأسمجه لحسن دينها وعشرتها ، فان كان ذلك أغلظ عليه لما فيه من تعجيل الطلاق ؛ قبل منه لأنه أغلظ عليه واللفظ يحتمله ، وان كان أخف عليه لما فيه من تأخير الطلاق دُيّن فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ولا يقبل فى الحكم لأنه مخالف للظاهر . وان قال أنت طالق طلاق الحرج طلقت للبدعة ، لأن الحرج فيما خالف السنة وأثم به .

(الشرح) اذا قال : اذا قدم فلان فأنت طالق ، فقدم وهى فى حال السنة ، طلقت طلاق السنة ، وان قدم وهى فى حال البدعة طلقت طلاق البدعة الا أنه لا يأثم لأنه لم يقصد اليه

وان قال أنت طالق اذا قدم فلان للسنه — فان قدم وهى فى حال السنه — طلقت لوجود الصفه وان كانت فى حال البدعه لم تطلق لعدم الصفه ، فاذا صارت

بعد ذلك إلى حال السنة وقع عليها الطلاق . لأن الشرطين قد وجـــدا .
قال صاحب الفروع : ويحتمل أن لا يقع عليها الطلاق حينئـذ أيضاً ، لأن ظاهر الشرطين أن يكونا معتبرين حالة القدوم ، والمنصوص هو الأول .

وإن قال أنت طالق رأس الشهر للسنة . قال فى الأم : فان كانت رأس الشهر فى طهر لم يجامعها فيه طلقت . وإن كانت حائضاً أو فى طهر جامعها فيه رأس الشهر لم تطلق ، فإذا طهرت بعـد ذلك من غير جماع وقع عليها الطلاق . وعلى الوجه الذى خرجه صاحب الفروع فى التى قبلها يحتمل ان لا يقع عليها الطلاق ههنا بالطهر بعد رأس الشهر ، إلا أن المنصوص الاول .

(فرع) قال فى الام : إذا قال لامرأته وهى ممن تحيض قبل الدخول : أنت طالق اذا قدم فلان للسنة ، فدخل بها قبل أن يقدم فلان ثم قدم وهى طاهر غير مجامعة وقع عليها الطلاق ، وإن قدم وهى حائض أو فى طهر جامعها فيه — قال أصحابنا : فالذى يجىء على قول الشافعى أنها لا تطلق حتى تصير إلى زمان السنه ، لأنه يعتبر صفتها حين قدومه لا حين عقد الصفه ، فلو لم يدخل بها وقدم فلان طلقت لأنه ليس فى طلاقها سنه ولا بدعه — فان دخل بها الزوج وقال ماأردت بقولى طلاق سنة الزمان ، وإنما أردت سنة طلاقهـا قبل الدخول ، وقع عليها الطلاق بقدوم فلان ، سواء كانت فى زمان السنه أو فى زمان البدعه

(مسألة) قوله « وإن قال أنت طالق أحسن الطلاق الخ » وهذا صحيح . فانه إذا قال أنت طالق أعدل الطلاق أو أحسنه أو أكمله أو افضله أو أتمه ـ ولم يكن له نيه ـ طلقت للسنه لأنه أعدل الطلاق وأحسنه ، فان كانت فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق . وإن كانت له نيه ـ فان كانت نيته موافقة لظاهر قوله ـ كانت تأكيداً ، وان خالفت ظاهر قوله بأن قال : أردت به طلاق البدعه واعتقدت أنه الأعدل والأحسن فى طلاقها لسوء عشرتها . وهذا مثل تأويله لقوله تعالى « ادفع بالتى هى أحسن » حين يقول : رأيت أن التى هى أحسن أن أضرب أو أصفع من يرتكب المخالفه أو ما الى ذلك ، لأنى لو عاملتـه باللين لسـدر فى غوايته وأمعن فى ضلالته ؛ ففى الشدة الحسنى وفى اللين السوءى

فى بعض الاحوال ، فان كانت حال العقد فى حال البدعه وقع عليها الطلاق ، لان فى ذلك تغليظا عليه فقبل ؛ وإن كانت فى حال عقد الطلاق فى حال السنه لم يقبل قوله فى الحكم لأنه يريد تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه فلم يقبل ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه ، ولهذا لو صرح به حال عقد الطلاق قبل . وإن قال أنت طالق أقبح الطلاق وأسمجه ؛ والسماجه ضد الملاحه . ولبن سمج لا طعم له . أو قال أفحشه أو ماأشبه ذلك كان من صفات الذم . فان لم يكن له نيه طلقت البدعه ، فان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه طلقت لأن ذلك أقبح الطلاق وأفحشه . وان كانت فى طهر لم يجامعها فيه لم تطلق . فاذا طلقت فى الحيض أو جامعها طلقت .

وان كانت له نيه . فان وافقت نيته ظاهر قوله . وهو أن ينوى طلاق البدعه قبل منه وكانت نيته تأكيدا ، وان خالفت ظاهر قوله بأن قال : نويت طلاق السنه واعتقدت أن الاقبح فى حقها طلاق السنة لحسن عشرتها . فان كانت حال عقـد الطلاق فى طهر لم يجامعها فيه وقع عليها الطلاق لأن فيه تغليظا عليه . وان كانت حائضا أو فى طهر جامعها فيه لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر . ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لاحتمال ما يدعيه

وان قال أنت طالق أكمل الطلاق اجتنابا . قال الصيمرى طلقت ثلاثاً لانه أكمل الطلاق اجتناباً . وان قال أنت طالق طلقه حسنه قبيحه وقع عليها فى الحال طلقه ، واختلف أصحابنا فى علته ، فمنهم من قال لأنه وصفهـا بصفتين لا يمكن وجودهما معاً وقد وجدت إحداهما فوقع بها الطلاق ، ومنهم من قال لأنه وصفها بصفتين متضادتين فسقطتا وبقى مجرد الطلاق فوقع

قال ابن الصباغ : وهـذا أقيس . لأن وقوع الطلقه بإحدى الصفتين ليس بأولى من الأخرى

(فرع) وإن قال لامرأته : أنت طالق طلاق الحرج وقع عليها طلقه رجعيه وقال على بن أبى طالب : يقع عليها الثلاث فى الحال ، دليلنا أن الحرج الضيق والاثم ، ولا يأثم الا بطلاق البدعه

وان قال : أنت طالق طلاق الحرج والسنه وقع عليها فى الحال طلقه ، لأنه وصفها بصفتين متضادتين فسقطتا وبقى الطلاق مجرداً فوقع والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصـــل ﴾ وإن قال لها وهى حائض : إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت بانقطاع الدم لوجود الصفة ، وإن قال لها ذلك وهى طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، لأن « اذا » اسم للزمان المستقبل فاقتضى فعلا مستأنفاً ، ولهذا لو قال لرجل حاضر : اذا جئتنى فلك دينار لم يستحق بهذا الحضور حتى يذهب ثم يجيئه وإن قال لها وهى طاهر : إن حضت فأنت طالق ، طلقت برؤية الدم ، وإن قال لها ذلك وهى حائض لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض لما ذكرناه فى الطهر . فإن قال لها وهى حائض : إن طهرت طهرا فأنت طالق لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ، لأنه لا يوجد طهر كامل إلا أن تطعن فى الحيض الثانى

وإن قال لها ذلك وهى طاهر لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ، لأن الطهر الكامل لا يوجد إلا بما ذكرناه .

وإن قال : إن حضت حيضة فأنت طالق ، فإن كانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ، وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، لما ذكرناه فى الطهر .

﴿ فصـل ﴾ وإن قال أنت طالق ثلاثاً فى كل قرء طلقه نظرت ، فإن كانت لها سنة وبدعة فى طلاقها نظرت ؛ فان كانت طاهراً طلقت طلقة لأن ما بقى من الطهر قرء ، وان كانت حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم يقع فى كل طهر طلقة ، وان لم يكن لها سنة ولا بدعة ـ نظرت فان كانت حاملا ـ طلقت فى الحال طلقة ، لأن الحمل قرء يعتد به ، وإن كانت تحيض على الحمل لم تطلق فى أطهارها لأنها ليست بأقراء ، ولهذا لا يعتد بها ، فإن راجعها قبل الوضع وطهرت فى النفاس وقعت طلقة أخرى ، فإذا حاضت وطهرت وقعت الثالثه ، وإن كانت غير مدخول بها وقعت عليها طلقه وبانت ، فإن كانت صغيرة مدخولا بها طلقت فى

الحال طلقه ، فان لم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر بانت ، وان راجعها لم تطلق في الطهر بعد الرجعه لأنه هو الطهر الذي وقع فيه الطلاق .

(الشرح) إذا قال لامرأته وهي طاهر : اذا حضت فأنت طالق فرأت الدم في زمان امكانه وقع الطلاق عليها ويكون بدعياً ، فإن استمر بها الدم يوماً وليلة استقر الطلاق . وان انقطع لدون اليوم والليلة واتصل بعده طهر صحيح حكمنا بان الطلاق لم يقع .

وان قال لها وهي حائض: اذا حضت فأنت طالق — فاختلف أصحابنا فيه — فقال الشيخ أبو اسحاق الاسفرايينى والقاضى أبو القاسم الصيمرى : لا يقع الطلاق حتى تطهر من هذا الحيض ثم تطعن في الحيضة الثانية ، وبه قال أبو يوسف ، لأن قوله : اذا حضت أو ان حضت ؛ يقتضى الاستقبال . وقال ابن الصباغ يقع عليها الطلاق بما يتجدد من حيضها ، لأنه قد وجد منها الحيض فوقع الطلاق لوجود صفته كما لو قال الصحيحه: اذا صححت فأنت طالق ، فإنه يقع عليها الطلاق في الحال . وان قال لامرأته كلما حضت فأنت طالق ، فإذا رأت الدم طلقت برؤيته فإذا انقطع الدم وطهرت طهرا كاملا ثم رأت الدم طلقت طلقه ثانيه ، فاذا طهرت ثم رأت الدم طلقت ثالثه ، لأن «كلما» تقتضى التكرار وتكون الطلقات كلها بدعيه .

(فرع) وان قال لها : اذا حضت حيضة فأنت طالق - فإن كان طاهرا - لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لأنه قال حيضه . وذلك لا يوجد الا بطهرها من الحيض ، وان كانت حائضا لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر ، ويكون الطلاق سنياً لأنه يقع بأول الطهر

وان قال: كلما حضت حيضة فأنت طالق ؛ فاذا حاضت حيضة كاملة بعد عقد الصفه ؛ وقع عليها طلقه بأول جزء من الطهر بعد الحيض ، ثم اذا حاضت الثانية وطهرت منه طلقت ثانية بأول جزء من الطهر ، ثم اذا حاضت الثالثه وطهرت منه طلقت الثالثة بأول جزء من الطهر ، لأن «كلما» تقتضى التكرار ، وتكون الطلقات للسنة .

وإن قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، وإذا حضت حيضتين فأنت طالق ، فإنها إذا حاضت حيضة وقع عليها طلقة بانقطاع الدم لوجود الحيضة ، فإذا حاضت حيضة ثانية وقع عليها حيضة ثانية بإنقطاع دمها من الحيضة الثانية لانها مع الأولة حيضتان .

وإن قال لها : إذا حضت حيضة فأنت طالق ، ثم اذا حضت حيضتين فأنت طالق ، فإذا انقطع دمها من الحيضة الأولة وقع عليها طلقة لوجود الصفة ، وان حاضت بعدها حيضة ثانية لم تطلق حتى تطهر من الحيضة الثالثه لان ثم للترتيب والواو للجمع .

(فرع) وإن قال لامرأته وهي حائض : إذا طهرت فأنت طالق ، طلقت بانقطاع الدم لوجود الشرط ويكون الطلاق سنياً ، لانه يقع في الطهر ، وان قال لها كذلك وهي طاهر ، قال الشيخ أبو اسحاق هنا : لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر لان « اذا » اسم لزمان مستقبل ، وعلى قياس قول ابن الصباغ في الحيض تطلق عقيب قوله . وان قال لها : اذا طهرت طهراً فأنت طالق — فان كانت حال عقد الصفة حائضاً لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض ، وان كانت طاهراً لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر ثم تحيض ، لانه لا يوجد الطهر الكامل الا بذلك ، ويكون الطلاق بدعيا ، لانه يقع بأول جزء من الحيض ويأثم به .

وان قال لها : أنت طالق في كل طهر طلقة ـ فإن كانت طاهرا ـ طلقت طلقه وان رأت الدم وانقطع طلقت الثانية ، واذا رأت الدم ثانيا وانقطع طلقت الثالثة وان كانت حال العقد حائضاً لم تطلق حتى ينقطع الدم فتطلق ، ثم بانقطاع الحيض الثاني تطلق ثانيه ، ثم بانقطاع الحيض الثالث تطلق الثالثـــة ، وان رأت الدم على الحمل — فإن قلنا : انه حيض — طلقت بانقطاعه ، ويتكرر عليها الطلاق في الحمل بانقطاع كل دم على هذا القول .

قوله « في كل قرء » قال ابن بطال : القرء الحيض والقرء أيضاً الطهر وهو من الاضداد . وفيه لغتان قَرْء بالفتح وقُرْء بالضم وجمعه قروء وأقراء .

قال الشاعر :

مورثة مالا وفي الحي رفعة　　لما ضاع فيها من قروء نسائكا

وهو الوقت فقيل للحيض والطهر قرء ، لأنهما يرجعان لوقت معلوم . وأصله الجمع ، وكل شيء قرأته قد جمعته اه .

وقال فى المصباح فى غريب الشرح الكبير للرافعى : والقرء فيه لغتان الفتح وجمعه قروء وأقروء مثل فلس وفلوس وأفلس والضم ويجمع على أقراء مثل قفل وأقفال . قال أئمة اللغة : ويطلق على الطهر والحيض ، وحكاه ابن فارس أيضا ثم قال : ويقال : انه للطهر ، وذلك أن المرأة الطاهر كأن الدم اجتمع فى بدنها وامتسك . ويقال : انه للحيض ، ويقال : أقرأت اذا حاضت ، وأقرأت اذا طهرت فهى مقرىء ، وأما ثلاثة قروء ، فقال الاصمعى : هذه الاضافة على غير قياس ؛ والقياس ثلاثة أقراء ، لأنه جمع قلة مثل ثلاثة أفلس ، وثلاثة رجلة ، ولا يقال : ثلاثة فلوس ولا ثلاثة رجال .

وقال النحويون : هو على التأويل والتقدير ثلاثة من قروء ، لأن العدد يضاف الى مميزه وهو من ثلاثة الى عشرة قليل ، والمميز هو المميز ، فلا يميز القليل بالكثير . قال : ويحتمل عندى أنه قد وضع أحد الجمعين فى موضع الاخر اتساعا لفهم المعنى ، هذا مانقل عنه ، وذهب بعضهم الى أن مميز الثلاثه الى العشرة يجوز أن يكون جمع كثرة من غير تأويل ، فيقال : خمسة كلاب وستة عبيد ، ولا يجب عند هذا القائل أن يقال : خمسة أكلب ولا ستة أعبد ، وقرأت أم الكتاب فى كل قومة وبأم الكتاب يتعدى بنفسه وبالباء قراءة وقرآنا ثم استعمل القرآن اسما مثل الشكران والكفران . واذا أطلق انصرف شرعا الى المعنى القائم بالنفس ولغة الى الحروف المقطعه لأنها هى التى تقرأ نحو كتبت القرآن ومسسته ، والفاعل قارىء ، وقرأة وقرّاء . وقارئون مثل كافر وكفرة وكفار وكافرون . وقرأت على زيد السلام أقرؤه عليه قراءة

أما الاحكام : فإنه ان قال لها : أنت طالق ثلاثا فى كل قرء طلقه . فان كانت حاملا طاهرا وقع عليها فى الحال طلقه وان كانت حاملا حائضا — فإن قلنا : ان الدم على الحمل ليس بحيض — وقع عليها طلقه . وان قلنا : انه حيض فاختلف أصحابنا فيه . فقال الشيخان أبو اسحاق المروزى وأبو حامد الاسفرايينى

يقع عليها الطلاق : لأن زمان الحمل كله قرء واحد بدليل أن العدة لا تنقضي إلا بالوضع . وقال المسعودي والقاضي أبو الطيب : لا يقع عليها الطلاق حتى تطهر لأن الأقراء عندنا الأطهار ، وهذا حيض فلم يقع عليها الطلاق ، وبه قال المسعودي . وهل يتكرر الطلاق في كل طهر على الحمل ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يتكرر ، لأن العدة لا تنقضي بثلاثة منها .

(والثاني) يتكرر وهو الأقيس ، لأنه طهر من حيض ، وإذا وقع على الحامل طلقة نظرت — فان لم يراجعها حتى وضعت — انقضت عدتها وبانت منه ولا يلحقها بعد ذلك طلاق ، وإن استرجعها قبل أن تضع لم تطلق حتى تطهر من النفاس ، ثم إذا طهرت من الحيض بعد النفاس وقعت عليها الثالثة ، وان كانت حاملا مدخولا بها نظرت — فإن كانت حائضاً — لم يقع عليها الطلاق في الحال ، لأن الحيض ليس بقرء ، فإذا انقطع دمها وقعت عليها طلقة ، فإذا حاضت وانقطع دمها وقعت عليها الثانية بأول جزء من الطهر ، فإذا حاضت الثالثة وانقطع دمها بأول جزء من الطهر — ولا فرق في هذا بين أن يراجعها أو لا يراجعها — فإن كانت طاهراً حين عقد الطلاق وقع عليها طلقة ، لأن بقية الطهر قرء إن كان قد جامعها في هذا الطهر ـ وقعت الطلقة بدعية ، وإن لم يجامعها فيه وقعت سنية فاذا حاضت ثم طهرت طلقت الثانية بأول جزء من الطهر ثم اذا حاضت وطهرت طلقت الثانية بأول جزء من الطهر ، ولا فرق في هذا أيضاً بين أن يراجعها أو لا يراجعها ، وان كانت غير مدخول بها ، فان كانت طاهرا وقعت عليها طلقة ولا تقع عليها الثالثة والثانية بالطهر الثاني والثالث ، لأنها تبين بالأولى . فلم يلحقها ما بعدها ، وان كانت حال العقد حائضا ففيه وجهان حكاهما ابن الصباغ .

(أحدهما) تقع عليها طلقة وتبين بها لأنها ليست من أهل سنة الطلاق وبدعته (والثاني) وهو قول القاضي أبي الطيب : أنه لا يقع عليها طلاق حتى تطهر من حيضها ، لأن الاقراء هي الأطهار ، فاذا طهرت وقعت عليها طلقة بانت بها ؛ وان كانت صغيرة مدخولا بها وقع عليها في الحال طلقة ، فاذا مضت ثلاثة أشهر ولم يراجعها بانت ولم تلحقها الثانية ولا الثالثة ، وإن راجعها قبل

انقضاء عدتها لم تطلق حتى ترى الحيض ثم تطهر فتقع عليها فى الحال طلقة وبانت بها ولا تلحقها الثانية والثالثة . هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : هل يقع على الصغيرة طلقة فى الحال ؟ على وجهين بناء على أنها إذا حاضت فهل يحتسب على فيها ؟ على قولين ، وإن كانت آيسة غير مدخول بها وقعت عليها طلقة وبانت بها ولا تلحقها الثانية والثالثة ، وإن كانت مدخولا بها وقعت عليها طلقة ، فان لم يراجعها حتى انقضت ثلاثة أشهر بانت ولم تلحقها الثانية والثالثة ، وان راجعها قبل انقضاء الثلاثة لم تلحقها الثانية والثالثة إلا إن عاودها الدم ، هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : هل يلحقها فى الحال طلقة ؟ على وجهين ، فان عاودها الدم علمنا أنه وقع عليها طلقة حال عقد الطلاق وجها واحدا والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال : ان حضت فأنت طالق فقالت : حضت فصدقها طلقت وان كذبها فالقول قولها مع يمينها لأنه لا يعرف الحيض الا من جهتها ، وان قال لها قد حضت فأنكرت طلقت باقراره ، وان قال : ان حضت فضرتك طالق فقالت : حضت ، فان صدقها طلقت ضرتها ، وان كذبها لم تطلق ، لأن قولها يقبل على الزوج فى حقها ولا يقبل على غيرها الا بتصديق الزوج كالمودع يقبل قوله فى رد الوديعة على المودع ، ولا يقبل فى الرد على غيره .

وان قال : اذا حضت فأنت وضرتك طالقان ، فقالت : حضت ، فان صدقها طلقتا ، وان كذبها وحلفت طلقت هى ولم تطلق ضرتها . وان صدقتها الضرة على حيضها لم يؤثر تصديقها ، ولكن لها أن تحلف الزوج على تكذيبها . وان قال اذا حضتما فأنتما طالقان ، فان قالتا : حضنا فصدقهما طلقتا ، وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما ، لأن طلاق كل واحدة منهما معلق على شرطين . حيضها وحيض صاحبتها ، ولا يقبل قول كل واحدة منهما الا فى حيضها فى حقها نفسها دون صاحبتها ، ولم يوجد الشرطان . وان صدق احداهما وكذب الأخرى طلقت

المكذبة لأنها غير مقبولة القول على صاحبتها ومقبولة القول فى حق نفسها ، وقد صدق الزوج صاحبتها فوجد الشرطان فى طلاقها ، فطلقت ، والمصدقة مقبولة القول فى حيضها فى حق نفسها ، وقد صدقها الزوج ، وقول صاحبتها غير مقبول فى حيضها فى طلاقها ولم يوجد الشرطان فى حقها فلم تطلق

(الشرح) الاحكام : اذا قال لامرأته اذا حضت فأنت طالق ، فقالت حضت فان صدقها الزوج وقع عليها الطلاق لأنه اعترف بوجود شرط الطلاق ، وان كذبها فالقول قولها مع يمينها ، لأن الحيض تستتر به المرأة ولا يمكنها اقامه البينة عليه فكان القول قولها .

وان قال لها ان حضت فضرتك طالق ، فقالت حضت . فان صدقها وقع على ضرتها الطلاق ، وان كذبها لم يقع الطلاق على ضرتها ، والفرق بينهما ان فى الاولة الحق لها لحلفت على اثبات حق نفسها . وههنا الحق لضرتها ، والانسان لايحلف لاثبات الحق لغيره فتبقى الخصومه بين الزوج والضرة ، فان قالت الضرة قد حاضت ، وقال الزوج لم تحض فالقول قول الزوج مع يمينه ، لانه يساوى الضرة فى الجهل بحيض الاخرى وللزوج ميزته عليها ، لان الاصل بقاء الزوجيه فكان القول قوله ، والذى يقتضى المذهب أنه يحلف : ما يعلم أنها حاضت ، لانه يحلف على نفى فعل غيره .

وان قال لها : ان حضت فأنت وضرتك طالقان ، فقالت حضت ، فان صدقها طلقتا ، وان كذبها حلفت ولم تطلق ضرتها لانها تحلف على اثبات حق نفسها ولا تحلف لاثبات حق ضرتها . وان ادعت عليه الضرة حلف لها على ما مضى ، وان قال لهما : ان حضتما فأنتما طالقان ، فان قالتا حضنا فصدقهما طلقتا ، وان كذبهما لم تطلق واحدة منهما ، لان طلاق كل واحدة معلق بحيضها وحيض صاحبتها ، وقول كل واحدة منهما لا تقبل فى حق غيرها لحلف لهما .

وان صدق احداهما وكذب الأخرى طلقت المكذبه اذا حلفت دون المصدقة لانه قد اعترف بحيض المصدقه ، والقول قول المكذبة مع يمينها فى حيضتها فى حق نفسها ، فوجد الشرط فى طلاقها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال لامرأتين إن حضتما حيضة فأنتما طالقان ، ففيه وجهان (أحدهما) ان هـذه الصفة لا تنعقد لأنه يستحيل اجتماعهما فى حيضة فبطل (والثانى) أنهما إذا حاضتا وقع الطلاق ، لأن الذى يستحيل هو قوله حيضـه فيلغى لاستحالتها ، ويبقى قوله إن حضتما ، فيصير كما لو قال : إن حضتما فأنتما طالقتان : وقد بينا حكمه

(فصل) وان قال لأربع نسوة : إن حضتن فأنتن طوالق ، فقد علق طلاق كل واحدة منهن بأربع شرائط ، وهى حيض الاربع . فإن قلن حضنا وصدقهن طلقن ، لأنه قد وجد حيض الأربع ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، لأنه لم يثبت حيض الأربع ، لأن قول كل واحـدة منهن لا يقبل إلا فى حقها ، وان صدق واحـدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن لأنه لم يوجد الشرط ، وإن صدق ثلاثاً وكذب واحدة طلقت المكذبة . لأن قولها مقبول فى حيضها فى حق نفسها وقد صـدق الزوج صواحبها فوجد حيض الأربع فى حقها فطلقت . ولا تطلق المصـدقات لأن قول كل واحدة منهن مقبول فى حيضها فى حقها ، غير مقبول فى حق صواحبها وقد بقيت واحدة منهن مكذبة فلم تطلق لأجلها .

(فصل) وإن قال لهن : كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق فقد جعل حيض كل واحدة منهن صفة لطلاق البواقى ، فإن قلن حضنا فصدقهن طلقت كل واحـدة منهن ثلاثا ، لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب تطلق بحيض كل صاحبة طلقة ، فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا . وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن ، لأن كل واحدة منهن ـ وإن قبل قولها فى حقها ـ إلا أنه لا يقبل فى حق غيرها . وان صدق واحـــدة منهن وقع على كل واحدة منهن طلقه ، لأن لكل واحدة منهن صاحبه ثبت حيضها ، ولا يقع على المصدقه طلاق لأنه ليس لها صاحبه ثبت حيضها .

وان صدق اثنتين وقع على كل واحدة منهما طلقه ، لأن لكل واحدة منهما صاحبه ثبت حيضها ، ويقع على كل واحدة من المكذبتين طلقتان ، لأن لكل

واحدة منهما صاحبتين ثبت حيضهما ، فإن صدق ثلاثا وقع على كل واحدة منهن طلقتان ، لان لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما و وقع على المكذبة ثلاث تطليقات لان لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن .

(الشرح) إن قال لامرأتين : إن حضتما حيضه فأنتما طالقتان ففيه وجهان
(أحدهما) لا تنعقد هذه الصفه ، لانه يستحيل اشتراكهما فى حيضه
(والثانى) ينعقد وهو الاصح ؛ وإذا حاضتا طلقتا ، لان الذى يستحيل هو قوله حيضه فسقط وصار كما لو قال : ان حضتما فأنتما طالقتان . هكذا ذكر أصحابنا وذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى فى التعليق أنه يقع عليهما الطلاق فى الحال لانه علق الطلاق بشرط يستحيل وجوده ، فألغى وقوع الطلاق فى الحال كما لو قال لمن لا سنة فى طلاقها ولا بدعه : أنت طالق للسنه أو البدعه ، فإنها تطلق فى الحال .

(فرع) وإن كان له أربع زوجات فقال لهن : ان حضتن فأنتن طوالق ، فقلن حضنا وصدقهن طلقن لوجود الصفة فى حقهن . وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن لأنه علق طلاق كل واحدة بحيضهن ، ولم توجد الصفه . وان صدق واحدة أو اثنتين لم تطلق واحدة منهن ؛ وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة اذا حلفت دون المصدقات لأنه قد وجد حيض الاربعه فى حقها ، لأنه قد صدق الثلاث ، وقولها مقبول مع يمينها فى حيضها فى حق نفسها ، ولا يطلقن لان حيض المكذبه لم يوجد فى حقهن بل بحلف الزوج لهن .

(فرع) وان كان له أربع زوجات فقال لهن : أيتكن حاضت فصواحبها طوالق ، فقد علق طلاق كل واحدة بحيض صاحبتها : فإن قلن حضنا ، فإن كذبهن حلف لهن ولم تطلق واحدة منهن ، لان كل واحدة منهن لا تحلف لإثبات حق صاحبتها ، وإن صدقهن وقع على كل واحدة من المصدقات طلقه لانه ما ثبت لكل واحدة منهما الا صاحبة حاضت ، ووقع على كل واحدة من المكذبات طلقتان ، لان لها صاحبتين ثبت حيضهما . وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبه لان لها ثلاث صواحب ثبت حيضهن وطلق كل واحدة من المصدقات كل واحدة

طلقتين ، لأن لكل واحدة منهن صاحبتين ثبت حيضهما ، وإن كان له ثلاث نسوة فقال : أيتكن حاضت فصاحبتاها طالقتان ، فإن قلنا حضنا فصدقهن طلقت كل واحدة طلقتين ، وإن كذبهن لم تطلق واحدة منهن . وإن صدق واحدة وكذب اثنتين لم تطلق المصدقة وطلقت المكذبتان طلقة طلقة ، وإن صدق اثنتين وكذب واحدة طلقت المكذبة طلقتين وطلقت المصدقتان طلقة طلقة لما ذكرناه في الأولة

(فرع) قال أبو القاسم الصيمري : إذا قال لها إذا حضت يوم الجمعة فأنت طالق فابتدأها الحيض قبل الفجر ، ثم أصبحت يوم الجمعة حائضاً لم يقع عليها الطلاق . ولو بدأها الحيض بعد الفجر أو عند طلوع الشمس طلقت . ولو قالت لا أعلم أبدأ قبل الفجر أم بعده وقع الطلاق في الظاهر لأنا على يقين من حصوله فإن قال لها : اذا حضت في نهار يوم الجمعة فأنت طالق ، فحاضت بعد طلوع الشمس يوم الجمعة وقع عليها الطلاق . وإن حاضت بعد الفجر وقبل طلوع الشمس ففيه وجهان حكاهما الصيمري

وإن قال : إذا رأيت دماً فأنت طالق فحاضت أو استحيضت أو نفست وقع الطلاق . فإن قال . أنا أردت دماً غير هذا الذي رأيته لم يقبل منه في الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر وديّن فيما بينه وبين الله تعالى . لأنه يحتمل ما يدعيه ، ولو رعفت أو حكت جرحا فخرج منه دم : قال الصيمري : الظاهر أن لا يقع عليها الطلاق ، لأن إطلاق الدم لا ينصرف الا إلى الحيض أو الاستحاضة والنفاس . قال وفيه احتمال .

وإن قال لصغيرة : إذا حضت فأنت طالق لم تطلق حتى تحيض . وإن قال لها ان طهرت فأنت طالق لم تطلق حتى ترى النقاء بعد الحيض . لأن حقيقة الطهر في الاطلاق ، هذا وإن قال للآيسة إذا حضت فأنت طالق لم تطلق لأن الصفة لا توجد . وإن قال لها : إن طهرت فأنت طالق . قال الصيمري لم تطلق ، لأن حقيقة ذلك أن تدخل في طهر بعد حيض ، وهذا لا يوجد في حقها

(مسألة) كل ما قررنا في الفروع من هذه متفق عليها بين الفقهاء إلا ما كان من تعليق طلاقه على حيضها ، إذ لو بان أن الدم ليس بحيض لانقطاعه لدون أقل الحيض بان أن الطلاق لم يقع ، وبهذا قال الثوري وأحمد وأصحاب الرأي

قال ابن المنذر : لا نعلم أحداً قال غير ذلك إلا مالكا فإن ابن القاسم روى عنه أنه يحنث حين تكلم به ؛ وكذلك ما كان من قوله للحائض : إذا طهرت فأنت طالق طلقت بأول الطهر ، أعنى بانقطاع دم الحيض قبل الغسل ؛ ونص على ذلك أحمد فى رواية ابراهيم الحربى ، إلا أن أبا بكر من أصحاب أحمد فى كتابه التنبيه قال : انها لا تطلق حتى تغتسل بناء على أن العدة لا تنقضى بانقطاع الدم حتى تغتسل . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وان قال لامرأته : ان لم تكونى حاملا فأنت طالق ، لم يجز وطؤها قبل الاستبراء ، لان الاصل عدم الحمل ووقوع الطلاق ، فإن لم يكن بها حمل طلقت . وان وضعت حملا لاقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق لم تطلق لانا تيقنا أنها كانت حاملا عند العقد . وان وضعته لاكثر من أربع سنين طلقت طلقه لانا تيقنا أنها لم تكن حاملا عند العقد

وان وضعته لما بين ستة أشهر وأربع سنين نظرت فإن لم يطأها الزوج فى هذه المدة لم يقع الطلاق لانا حكمنا بأنها كانت حاملا عند العقد . وان كان وطئها نظرت . فإن وضعته لاقل من ستة أشهر من وقت الوطء ولاكثر من ستة أشهر من وقت العقد لم يقع الطلاق لانا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد وان وضعته لاكثر من ستة أشهر من وقت العقد والوطء جميعاً . ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى اسحاق أنها تطلق لانه يجوز أن يكون قبل الوطء . ويجوز أن يكون حدث من الوطء . والظاهر أنه حدث من الوطء . لان الاصل فيما قبل الوطء العدم .

(والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة أنها لم تطلق لأنه يحتمل أن يكون موجوداً عند العقد ، ويحتمل أن يكون حادثاً من الوطء بعده والأصل بقاء النكاح . وإن قال لها ان كنت حاملا فأنت طالق فهل يحرم وطؤها قبل الاستبراء فيه وجهان (أحدهما) لا يحرم لأن الأصل عدم الحمل وثبوت الإباحة

(والثانى) يحرم لأنه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها ، ويجوز أن

لا تكون حاملا فيحل وطؤها فغلب التحريم ، فإن استبرأها ولم يظهر الحمل فهى على الزوجية ، وان ظهر الحمل نظر ، فإن وضعت لأقل من ستة أشهر من وقت عقد الطلاق حكم بوقوع الطلاق ، لأنا تيقنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وان وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت العقد لم تطلق ، لانا علمنا أنها لم تكن حاملا ، وان وضعته لأكثر من ستة أشهر ودون أربع سنين نظرت فان كان الزوج لم يطأها طلقت لأنا حكمنا أنها كانت حاملا وقت العقد . وان وطئها نظرت فإن وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء وقع الطلاق . لأنا حكمنا انها كانت حاملا وقت العقد . وان وضعته بعد ستة أشهر من بعد وطئه لم يقع الطلاق وجها واحداً لأنه يجوز أن يكون موجوداً وقت العقد ويجوز أن يكون حدث بعده فلا يجوز أن يوقع الطلاق بالشك

واختلف أصحابنا فى صفة الاستبراء ووقته وقدره ، فذكر الشيخ أبو حامد الاسفراينى رحمه الله فى الاستبراء فى المسئلتين ثلاثة أوجه : أحدها ثلاثة أقراء وهى أطهار ، لأنه استبراء حرة فكان بثلاثة أطهار . والثانى بطهر لأن القصد براءة الرحم فلا يزاد على قرء . واستبراء الحرة لا يجوز الا بالطهر ، فوجب أن يكون طهراً . والثالث أنه بحيضه لأن القصد من هذا الاستبراء معرفة براءة الرحم . والذى يعرف به براءة الرحم الحيض . وهل يعتد بالاستبراء قبل عقد الطلاق ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يعتد لأن الاستبراء لا يجوز أن يتقدم على سببه

(والثانى) يعتد به لأن القصد معرفة براءة الرحم . وذلك يحصل وان تقدم ومن أصحابنا من قال فى المسئله الثانيه الاستبراء على ما ذكرناه . لان الاستبراء لاستباحة الوطء . فأما فى المسألة الاولى فلا يجوز الاستبراء بدون ثلاثة أطهار ولا يعتد بما وجد منه قبل الطلاق لانه استبراء حرة للطلاق فلا يجوز بما دون ثلاثة أطهار . ولا بما تقدم على الطلاق كالاستبراء فى سائر المطلقات

(الشرح) اذا قال لامرأته : ان لم تكونى حاملا فأنت طالق . وان كنت حاملا فأنت طالق حرم عليه وطؤها قبل أن يستبرئها . لأن الأصل عدم الحمل

و بهذا قال أحمد وأصحابه . وبماذا يجب استبراؤها ؟ فيه وجهان : أحدهما بثلاثة أقراء ، لأن الحرة تعتد بثلاثة أقراء كذا هـذه . والثانى بقرؤ واحد لأن براءة الرحم تعلم بذلك ، فإذا قلنا يستبرىء بثلاثة أقراء كانت أطهاراً . وإذا قلنا تستبرىء بقرؤ ففيه وجهان (أحدهما) أنه الطهر لأن القرء عندنا الطهر (والثانى) أنه الحيض لأن معرفة براءة الرحم لا تحصل إلا بالحيض ، فإذا قلنا إنه الطهر . فإن كانت حائضا وطهرت وطعنت فى الحيض الثانى حصل براءة الرحم . وان كانت طاهرا لم يكن بقية الطهر قرءاً حتى يكمل الحيض بعده ، لأن بعض الطهر لا تحصل به معرفة البراءة فكمل بالحيضة بعده .

وإذا قلنا إنه الحيض . فإن كانت حائضاً لم يعتد ببقية الحيض ، فاذا طهرت وأكملت الحيضة بعده حصل براءة رحمها . وان كانت طاهرا فحتى تكمل الحيضة؟ بعده ؟ وهل يكفى استبراؤها قبل أن يطلقها ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يكفى لان الاستبراء لا يعتد به قبل وجود سببه كالمشتراة (والثانى) يعتد به لأن الغرض معرفة براءة رحمها . ولهذا لو كانت صغيرة وقع عليها الطلاق من غير استبراء . وذلك يحصل باستبرائها قبل الطلاق

واذا استبرأت بثلاثة أقراء أو بقرء ـ فان لم تظهر بها أمارات الحمل ـ حكم بوقوع الطلاق حين حلف ؛ فان كانت استبرأت بثلاثة أقراء بعد اليمين فقد انقضت عدتها . وان استبرأت بقرء فقد بقى عليها من العدة قرءان ، وان ظهر بها الحمل نظرت ، فان وضعت لدون ستة أشهر من حين حلف لم يقع الطلاق ، فان وضعته لأكثر من أربع سنين من حين حلف حكمنا بأنها كانت حائلا وأن الطلاق وقع عليها ، وإن وضعته لستة أشهر فما زاد الى تمام أربع سنين بأن لم يطأها الزوج بعد الطلاق حكمنا بأن الحمل كان موجودا حين اليمين وان الطلاق لم يقع ، وإن كان الزوج قد راجعها بعد الطلاق ووطئها نظرت ، فان وضعته لدون ستة أشهر من حين الوطء علمنا أن الحمل كان موجودا حين حلف وأن الطلاق لم يقع . وان وضعته لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء ، ففيه وجهان : قال أبو اسحق : يقع عليها الطلاق ، لأن الاصل عدم الحمل وقت اليمين . وقال أبو على ابن أبى هريرة : لا يقع عليها الطلاق لأنه يحتمل أنه كان موجودا وقت اليمين .

ويحتمل أنه حدث من الوطء ؛ والأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق فلا تبطل دلالة اليقين بالشك ، وقد رد العمراني قول أبي هريرة بأن هذا ليس بصحيح لأنه ظهر لنا عدمه قبل الوطء بدلالة

وقد نص الامام أحمد أنه ان قال : إن لم تكونى حاملا فأنت طالق ولم تكن حاملا طلقت ، وإن أتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين اليمين أو لأقل من أربع سنين ولم يكن يطؤها لم تطلق ، لأنا تبينا أنها كانت حاملا بذلك الولد . وان قال : ان كنت حاملا فأنت طالق ، فهى عكس المسألة قبلها فى الموضع الذى يقع الطلاق هناك لا يقع ههنا ، وفى الموضع الذى لا يقع هناك يقع ههنا ، إلا أنها إذا أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطء الزوج بعد اليمين ولأقل من أربع سنين من حين عقد الصفة لم تطلق وأن النكاح باق ، والظاهر حدوث الولد بعد الوطء لأن الأصل عدمه قبله ، ولا يحل له الوطء حتى يستبرئها . هكذا نص أحمد كما أفاده ابن قدامة فى مغنيه

(فرع) فأما اذا قال لها : ان كنت حاملا فأنت طالق ، فعليه أن يستبرئها لأنا لا نعلم الحمل وعدمه الا بالاستبراء ، وفى كيفية الاستبراء ووقته ما ذكرناه فى الأولة . وهل يحرم عليه وطؤها قبل أن يعلم براءة رحمها بالاستبراء ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يحرم لأن الأصل عدم الحمل وثبوت الاباحة (والثانى) يحرم لأنه يجوز أن تكون حاملا فيحرم وطؤها . ويجوز أن تكون حائلا فيحل وطؤها فغلب التحريم — فإن استبرأت ولم يظهر بها الحمل — علمنا أنها كانت حائلا وقت الحلف ولم يقع عليها الطلاق . وإن ظهر بها الحمل نظرت. فإن وضعته لأقل من ستة أشهر من حين حلف الطلاق — علمنا أنها كانت حاملا وقت اليمين وأن الطلاق وقع عليها .

وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من وقت اليمين علمنا أنها كانت حائلا حين اليمين وأن الطلاق لم يقع عليها ، وإن وضعته لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين أو ما دونها من حين اليمين ؛ فإن لم يطأها الزوج بعد اليمين ، فإن وضعته لدون ستة أشهر من وقت الوطء حكمنا بوقوع الطلاق لأنا نعلم أنه كان موجوداً حين

اليمين ، وان وضعته لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء لم يقع الطلاق وجها واحداً ، لأنه يجوز أن يكون موجوداً حال اليمين ، ويجوز أن يكون حدث من الوطء فلا يقع الطلاق بالشك . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال لامرأته : ان ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدا طلقت حياً كان أو ميتاً ، لأن اسم الولد يقع على الجميع ، فان ولدت آخر لم تطلق لأن اللفظ لا يقتضي التكرار .

وإن قال : كلما ولدت ولداً فأنت طالق فولدت ولدين من حمل ، واحداً بعد واحد ، طلقت بالاول ولم تطلق بالثاني . وان ولدت ثلاثة أولاد واحدا بعد واحد طلقت بالأول طلقة وبالثاني طلقه ولا يقع بالثالث شيء .

وحكى أبو علي بن خيران عن الإملاء قولا آخر أنه يقع بالثالث طلقه أخرى ، والصحيح هو الاول ، لأن العدة انقضت بالولد الاخير فوجدت الصفة وهي بائن فلم يقع بها طلاق ، كما لو قال : اذا مت فأنت طالق ، وان ولدت ثلاثة دفعه واحدة طلقت ثلاثاً : لأن صفة الثلاث قد وجدت وهو زوجة فوقع ، كما لو قال : ان كلمت زيدا فأنت طالق ، وان كلمت عمرا فأنت طالق ، وان كلمت بكرا فأنت طالق ؛ فكلمتهم دفعة واحدة طلقت ثلاثا

وان قال : ان ولدت ذكراً فأنت طالق طلقه واحدة . وان ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين ، فوضعت ذكراً وأنثى دفعة واحدة طلقت ثلاثاً . وان وضعت أحدهما بعد الآخر وقع بالاول ما علق عليه ولم يقع بالثاني شيء لبينونتها بانقضاء العدة وهذا ظاهر . وان لم تعلم كيف وضعتهما طلقت طلقة لأنها يقين ، والورع أن يلتزم الثلاث .

وإن قال : ياحفصة ان كان أول ما تلدين ذكرا فعمرة طالق ، وان كان أنثى فأنت طالق ، فولدت ذكرا وأنثى دفعة واحدة لم تطلق واحدة منهما لأنه ليس فيهما أول . وان قال ان كان في بطنك ذكر فأنت طالق طلقه ، وان كان في بطنك أنثى فأنت طالق طلقتين فوضعت ذكرا وأنثى طلقت ثلاثاً لاجتماع الصفتين

وإن قال : إن كان حملك أو ما فى بطنك ذكراً فأنت طالق ، فوضعت ذكراً وأنثى لم تطلق ، لأن الصفة أن يكون جميع ما فى البطن ذكرا ولم يوجد ذلك .

(الشرح) الاحكام . قوله : اذا قال لامرأته : إن ولدت ولدا فأنت طالق الخ جملة ذلك أنه اذا قال لها ذلك فولدت ولدا حيا كان أو ميتاً وقع عليها الطلاق لوقوع اسم الولد عليه . فإن قالت ولدت فصدقها الزوج أو كذبها فأقامت عليه بينة حكم عليه بوقوع الطلاق . والذى يقتضى المذهب انها إذا أقامت أربع نسوة على الولادة وقع عليها الطلاق ويثبت النسب بذلك . وان ولدت آخر لم تطلق به لأن قوله لا يقتضى التكرار

وإن قال : كلما ولدت ولدا فأنت طالق ، فولدت ثلاثة أولاد واحداً بعد واحد ، بين كل ولدين دون ستة أشهر ، طلقت بالاول طلقة ؛ وطلقت بالثانى طلقة لأنها رجعية عند وضع الثانى ، والرجعية يلحقها الطلاق ، وكل ما يقتضى التكرار ، فإذا ولدت الثالث لم يقع به طلاق

وحكى أبو على بن خيران أن الشافعى قال فى بعض أماليه القديمة : إنها تطلق به طلقة ثالثة ، وأنكر أصحابنا هذا وقالوا : لا نعرف هذا للشافعى فى قديم ولا جديد ، لأن عدتها تنقضى بوضع الثالث ، فتوجد الصفة وهى ليست بزوجته . فلم يقع عليها طلاق ، كما لو قال لها : إذا مت فأنت طالق فمات فإنها لا تطلق ، وتأولوا هذه الحكاية على أنه راجعها بعد ولادة الثانى فولدت الثالث وهى زوجة وان ولدت أربعة واحداً بعد واحد من حمل طلقت بالاول طلقة ، وبالثانى طلقة وبالثالث طلقه ، وبانت وانقضت عدتها بوضع الرابع

وان وضعت الثلاثة دفعة واحدة طلقت الثلاث ، لأن الصفات وجدت وهى زوجة ، وان وضعت الثانى لستة أشهر فما زاد من وضع الاول طلقت بالاول طلقه ولم تطلق بالثانى ولا بالثالث ، لأنها من حمل آخر ، وان ولدت ولدين واحداً بعد الآخر من حمل واحد طلقت بالاول طلقه وانقضت عدتها بوضع الثانى ، ولم تطلق به إلا على الحكاية التى حكاها ابن خيران ، وان وضعتها دفعة واحدة طلقت بوصفها طلقتين

(فرع) وان قال لها : ان ولدت ذكرا فأنت طالق طلقة ، وان ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت ذكرا طلقت واحدة واعتدت بالاقراء ، وان ولدت أنثى طلقت طلقتين واعتدت بالاقراء . وان ولدت ذكرا وأنثى دفعه واحدة طلقت ثلاثا لوجود الصفتين واعتدت بالاقراء ، وان ولدت الذكر أولا ثم ولدت الانثى بعده وبينهما أقل من ستة أشهر طلقت لولادة الذكر طلقة وانقضت عدتها بوضع الانثى ولم تطلق بولادتها إلا على الحكايه التى حكاها ابن خيران . وان ولدت الانثى أولا ثم ولدت الذكر بعده من حمل واحد طلقت بولادة الأنثى طلقتين وانقضت عدتها بولادة الذكر ولا تطلق به الا على احكاه ابن خيران . وان ولدتهما واحدا بعد واحد ولم يعلم السابق منهما طلقت واحدة لانه هو اليقين وما زاد مشكوك فيه . والورع يقتضيه أن يلتزم اثنتين : وان لم يعلم هل وضعتهما معاً أو واحدا بعد واحد ؟ لم تطلق الا واحدة لأنه يقين ، والورع أن يلتزم الثلاث لجواز أن تكون ولدتهما معاً

وإن ولدت ذكرا وأنثيين من حمل واحد فظرت فإن ولدت الذكر أولا ثم أنثى ثم أنثى طلقت بولادة الذكر طلقة وبالانثى الاولى طلقتين وبانت وانقضت عدتها بوضع الثانية وان ولدت أولا أنثى ثم الذكر ثم الانثى ، طلقت بالانثى الاولى طلقتين وبالذكر طلقه وبانت وانقضت عدتها بوضع الثالثة

وان ولدت الانثيين أولا واحدة بعد واحدة ثم الذكر بعدهما طلقت بالأولى طلقتين ولم تطلق بالأنثى الثانية لئلا يقتضى التكرار ، وانقضت عدتها بوضع الذكر ، ولا تطلق به على المذهب الا على ما حكاه ابن خيران

وإن ولدت الذكر أولا ثم ولدت الأنثيين بعده دفعة واحدة طلقت بالذكر طلقة وانقضت عدتها بوضع الأنثيين ولا تطلق بهما على المذهب ، وان ولدت الذكر وأنثى بعده دفعة واحدة ثم ولدت الانثى بعدهما طلقت بوضع الانثى والذكر ثلاثا وانقضت عدتها بوضع الثانيه ، بهذا كله قال أحمد وأصحابه وأبو ثور وأصحاب الرأى .

(فرع) وإن قال لامرأته : ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت طالق ، وان كان أنثى فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت ذكرا وأنثى نظرت فإن ولدت الذكر

أولا طلقت طلقه . فإذا ولدت الانثى بعـده انقضت عـدتها بولادتها ولا تطلق بولادتها ، وإن ولدت الانثى أولا طلقت بها طلقتين وانقضت عـدتها بولادة الذكر ولا تطلق به ، وإن أشكل الاول منهما طلقت واحدة لأنها يقين وما زاد مشكوك فيه . وإن ولدتهما معاً لم تطلق لأنه ليس فيهما أول

وإن قال : إن كان أول ولد تلدينه غلاما فأنت طالق طلقه ، وإن كان آخر ولد تلدينه جارية فأنت طالق ثلاثاً فولدت غلاماً وجاريه من حمل واحـد . واحدا بعـد الآخر — فإن ولدت الغلام أولا — طلقت طلقة ، لأن الاسم الاول يقع عليه وانقضت عدتها بولادة الجارية ، ولا يقع عليها طلاق بولادتها وإن ولدت الجارية أولا ثم الغلام بعدها لم تطلق ، لأنه لا يقال لها آخر الا اذا كان قبلها أول . وإذا ولدت الغلام بعدها لم تطلق لأنه ليس بأول .

وان ولدت ولدا واحدا لا يمين . قال ابن الحداد : فإن كان غلاماً وقع عليها طلقه ، لأن اسم الاول واقع عليه ، وإن كان جارية لم يقع عليها شيء لأن اسم الآخر لا يقع عليها ، لأن الآخر يقتضى أن يكون قبله أول . ولا يقتضى الاول أن يكون بعده آخر .

قال القاضى أبو الطيب : ينبغى أن يقال فى الغـلام مثله ؛ لأنه لما لم يقع اسم الآخر إلا لما قبله أولا ، فكذلك لا يقع اسم الاول إلا لما بعده آخر .

(فرع) وإن قال لها : إن ولدت ولدا فأنت طالق ، وإن ولدت غلاماً فأنت طالق ؛ فإن ولدت أنثى طلقت طلقة لأنه يقع عليها اسم الولد . وإن ولدت غلاماً طلقت طلقتين لأنه توجد فيه الصفتان وهما ولد والغلام ، كما لو قال لها : إن كلمت رجلا فأنت طالق ، وإن كلمت شيوعيا فأنت طالق ، فكلمت رجلا شيوعيا طلقت طلقتين .

(فرع) وان قال لها : ان كان فى جوفك ذكر فأنت طالق طلقه ، وان كان فى جوفك أنثى فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت ذكرا طلقت طلقه من حين حلف وانقضت عدتها بوضع الغـلام ، وان ولدت أنثى طلقت طلقتين حين حلف وانقضت عدتها بالولادة ، وان ولدت ذكرا وأنثى من حمل واحد طلقت ثلاثا لوجود الصفتين ، سواء ولدتهما واحدا بعد واحد أو ولدتهما معاً لأن الصفة أن

ما فى جوفها ويتبغى أن يقال انها تطلق اذا ولدت لدون ستة أشهر من حين عقد الصفة ، سواء وطئها أو لم يطأها . وان ولدت لستة أشهر فما زاد الى أربع سنين من حين اليمين نظرت — فإن لم يطأها بعد اليمين — طلقت ، وان وطئها بعد اليمين — فان ولدت لستة أشهر فما زاد من وقت الوطء — لم تطلق لجواز أن يكون الولد حدث من الوطء بعد اليمين ، فلم يكن فى جوفها وقت اليمين . وان ولدت لدون ستة أشهر من وقت الوطء طلقت لأنا تيقنا أنه لم يحدث من الوطء بعد اليمين .

وان قال لها : ان كان ما فى جوفك أو حملك ذكرا فأنت طالق طلقة ، وان كان أنثى فأنت طالق طلقتين فولدت لأقل من ستة أشهر من وقت اليمين أو لستة أشهر فما زاد ولم يطئها أو وطئها بعد اليمين وولدته لأقل من ستة أشهر من حين الوطء نظرت فإن ولدت ذكرا طلقت طلقة حين العقد وانقضت عدتها بولادته وان ولدت أنثى من حمل واحد لم تطلق سواء ولدت أحدهما بعد الاخر أو ولدتهما معاً ، لأنه شرط أن يكون ما فى جوفها أو جميع حملها ذكرا أو جميع حملها أنثى ولم يوجد ذلك فلم تطلق

(فرع) وان قال لها : ان كنت حاملا بغلام فأنت طالق طلقه ؛ وان ولدت جاريه فأنت طالق طلقتين ، فإن ولدت غلاما طلقت طلقه حين عقد الصفه وانقضت عدتها بوضع الغلام . وان ولدت جاريه لاغير طلقت طلقتان بولادتها واعتدت بثلاثة أقراء ، وان ولدت غلاما وجاريه من حمل واحد نظرت ، فإن ولدت الغلام أولا ثم الجاريه بعده ، تبينا أنه وقع عليها طلقه حين عقد الصفه . وانقضت عدتها بولادة الجاريه ولا يقع عليها طلاق بولادة الجاريه لأن الصفه وجدت وهى غير زوجه ، الا على حكايه ابن خيران

وان ولدت الجاريه ثم الغلام بعدها تبينا أنه وقع عليها طلقه حين عقد الصفه لكونها حاملا بغلام ووقع عليها طلقتان بولادة الجاريه وانقضت عدتها بولادة الغلام . وهكذا الحكم اذا ولدتهما معاً .

وان ولدت أحدهما بعد الاخر ونسى الاول منهما طلقت طلقه لأنها يقين . وما زاد مشكوك فيه فلم يقع

(فرع) قال ابن الحداد: إذا قال لها: كلما ولدت فأنت طالق للسنة فولدت ولداً وبقى فى بطنها آخر طلقت بالأول طلقة لأنها حامل بعد ولادة الأول ولا سنة فى طلاقها ولا بدعة، لأن عدتها تنقضى بوضع الولد الثانى، فإن لم يراجعها قبل وضع الولد الثانى لم تطلق بولادة الثانى، لأن عدتها تنقضى بولادته، فإن راجعها قبل ولادة الثانى لم تطلق حتى تطهر من نفاسها.

وإن قال لها: إن ولدت فأنت طالق فخرج بعض الولد ومات أحد الزوجين قبل استكمال خروج الولد لم تطلق، لأنه بخروج بعض الولد لا يقال ولدت، بخلاف ما لو علق الطلاق على الحيض، فإنها تطلق برؤية الدم، لأنه يقال لها: حاضت.

قال المصنف رحمه الله تعالى:

(فصل) وإذا قال للمدخول بها: إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان، إحداهما بقوله أنت طالق والاخرى بوجود الصفة، وإن قال لم أرد بقولى إذا طلقتك فأنت طالق عقد الطلاق بالصفة، وإنما أردت أنى اذا طلقتك تطلقين بما أوقع عليك من الطلاق لم يقبل قوله فى الحكم لأن الظاهر انه عقد طلاقا على صفة ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه وإن قال: ان طلقتك فأنت طالق: ثم قال لها: ان دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت الدار وقعت طلقتان إحداهما بدخول الدار والأخرى بوجود الصفة، لأن الصفة أن يطلقها، وان علق طلاقها بدخول الدار فدخلت فقد طلقها. وان قال لها مبتدئا: ان دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال اذا طلقتك فأنت طالق فدخلت الدار وقعت طلقه بدخول الدار ولا تطلق بقوله إذا طلقتك فأنت طالق لان هذا يقتضى ابتداء إيقاع بعد عقد الصفه، وما وقع بدخول الدار ليس بابتداء ايقاع بعد عقد الصفه، وانما هو وقوع بالصفه السابقه لعقد الطلاق، فإن قال ان طلقتك فأنت طالق، ثم وكل من يطلقها فطلقها وقعت الطلقه التى أوقعها الوكيل ولا يقع ما عقده على الصفه، لان الصفه أن يطلقها بنفسه. وان قال اذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق

فدخلت فقد قال بعض أصحابنا انها تطلق طلقه بدخول الدار ولا تطلق بقوله اذا أوقعت عليك ، لان قوله اذا أوقعت عليك يقتضى طلاقا يباشر ايقاعه ، وما يقع بدخول الدار يقع حكما

قال الشيخ الإمام: وعندى أنه يقع طلقتان . احداهما بدخول الدار والاخرى بالصفه . كما قلنا فيمن قال : اذا طلقتك فأنت طالق ، ثم قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار .

وان قال كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق طلقت طلقتين . احداهما بقوله أنت طالق والاخرى بوجود الصفه ولا تقع الثالثه بوقوع الثانيه لان الصفه ايقاع الطلاق والصفه لم تتكرر فلم يتكرر الطلاق

﴿ فصل ﴾ وان قال : اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق وقعت طلقتان ، طلقه بقوله أنت طالق وطلقه بوجود الصفه . وان قال لها بعد هذا العقد أو قبله : ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار طلقت طلقتين طلقه بدخول الدار وطلقه بوجود الصفه ؛ وان وكل وكيلا بعد هذا العقد فى طلاقها فطلقها ففيه وجهان :

(أحدهما) يقع ما أوقعه الوكيل ولا يقع ما علقه بالصفه كما قلنا فيمن قال اذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلق

(والثانى) أنه يقع طلقتان ، طلقه بإيقاع الوكيل وطلقه بالصفه ، لان الصفه وقوع طلاق الزوج ، وما وقع بإيقاع الوكيل هو طلاق الزوج . وان قال اذا طلقتك فأنت طالق واذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق وقع الثلاث طلقه بقوله أنت طالق وطلقتان بالصفتين ، وان قال كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم أوقع عليها طلقه بالمباشرة أو نصفه عقدها قبل هذا العقد أو بعده طلقت ثلاثا واحدة بعد واحدة ، لان بالطلقه الاولى توجد صفة الطلقه الثانيه وبالثانيه توجد صفة الطلقه الثالثه

(الشرح) الاحكام : اذا قال لها : اذا وقع عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال : أنت طالق وقع عليها طلقتان ، طلقه بالمباشرة وطلقه بالصفه . وهكذا

لو قال لها بعد عقد الصفة أو قبلها : إذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت وقع عليها طلقتان بخلاف مالو قال ان دخلت الدار فأنت طالق ثم قال لها بعد ذلك إذا طلقتك فأنت طالق ، ثم دخلت الدار ، فإنها لا تطلق إلا طلقة ، لأن الصفه ههنا وقوع طلاقه ، وقد وجد ، وفى تلك الصفة إحداثه الطلاق ولم يوجد .

وإن قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم دخلت الدار وقع عليها طلقة بدخول الدار ولا تطلق بقوله : اذا طلقتك فأنت طالق ، لأن معنى قوله : طلقتك أى اذا أحدثت طلاقك ، وعقد الطلاق بدخول الدار كان سابقا لهذا . وان قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم وكل من يطلقها وقع عليها ما أوقعه الوكيل لا غير ، ولا تطلق بالصفة لأنه لم يطلقها ، وان قال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول لم تطلق ؛ لأن تعليق الطلاق ليس بشرط .

وان قال لها : اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، ثم وكل من يطلقها ، ففيه وجهان (أحدهما) يقع عليها ما أوقعه الوكيل لا غير ، كما قلنا فى قوله : اذا طلقتك فأنت طالق (والثانى) يقع عليها طلقتان ، طلقة بايقاع الوكيل ، وطلقه بالصفة ، لأن الصفة وقوع طلاق الزوج ، وما أوقعه الوكيل هو طلاق الزوج . وان قال لها : اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، واذا طلقتك فأنت طالق ، فانه لا يقع بهذا طلاق لأنهما تعليقان للطلاق ، فان أوقع عليها بعد ذلك طلقة بالمباشرة أو بالصفة وقع عليها ثلاث طلقات : طلقة بايقاعه وطلقتان بالصفتين

وان قال لها : كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ثم أوقع عليها طلقة بالمباشرة أو بصفة عقدها بعد هذا القول أو قبله وقع عليها ثلاث طلقات لأن كلما تقتضى التكرار فاذا أوقع عليها طلقه اقتضى وقوعها وقوع طلقه ثانيه واقتضى وقوع الثانيه وقوع الثالثه . وان قال لها كلما طلقتك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة وطلقه بالصفه ولا تقع عليها الثالثه بوقوع الثانيه . لأن الصفه ايقاع الطلاق ، والصفه لم تكرر فلم يتكرر الطلاق .

قال ابن الصباغ : وهكذا اذا قال : كلما أوقعت عليك طلاقى فأنت طالق

ثم قال لها أنت طالق وقع عليها طلقتان ولا تقع الثالثة لما ذكرناه وإن قال : كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ثم قال لها : أنت طالق وقع عليها طلقتان طلقة بالمباشرة وطلقة بالصفة ولا تقع الثالثة بوقوع الثانية لأنه لم يوقع الثانية ، وإنما وقعت حكما .

وإن قال : إذا أوقعت عليك أو كلما أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق ، ثم قال لها بعد ذلك : ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار وقع عليها طلقه بدخول الدار ، وهل تقع عليها طلقة بالصفة الأولى ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال الشيخ أبو حامد والمحاملي : لا يقع عليها لأن الصفة إن وقع عليها الطلاق ولم يوقع هذه الطلقه وإنما وقعت بالصفة فلم يوجد شرط الثانية .

وقال الشيخ أبو إسحاق وابن الصباغ : تقع الثانية لأن الصفة توقع الطلاق عليها ، وإذا علق الطلاق بصفة فوجدت الصفة فهو الموقع للطلاق كما قلنا فيه : إذا قال لها إذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق

(فرع) ان كان له زوجتان حفصة وزينب ، فقال لزينب كلما طلقت حفصة فأنت طالق وقال لحفصة كلما طلقت زينب فأنت طالق فقد جعل طلاق كل واحدة منهما صفة للأخرى وعقد صفة طلاق زينب أولا فينظر فيه ، فإن بدأ وقال لزينب أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة ويقع على حفصة بهذه الطلقه طلقه بالصفه وبوقوع هذه الطلقه على حفصه تقع طلقه ثانيه على زينب بالصفه لان حفصه بهذه الطلقه طلقت بصفه تأخرت عن عقد صفه طلاق زينب فهو محدث لطلاقها فصار كما قلنا فيه : إذا قال لها كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم قال لها بعد ذلك : ان دخلت الدار فأنت طالق ، فدخلت الدار وقع عليها طلقه بدخول الدار وأخرى بوجود الصفه ؛ لأنه قد أحدث طلاقها بعد أن عقدت لها الصفه . وان كان أحدثه بصفه لا بمباشرة

وإن بدأ فقال لحفصه : أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة ، وبوقوع هذه الطلقه على حفصه تقع طلقه على زينب بالصفه ولا يعود الطلاق الى حفصه لأنه ما أحدث طلاق زينب بعد عقد صفه طلاق حفصه ، وإنما هذه الصفه سابقه لصفه طلاق حفصه فهو كما قلنا فيه : اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ،

ثم قال بعد ذلك : كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم دخلت الدار لم تطلق الا واحدة بدخول الدار .

وإن قال لزينب : إذا طلقتك فحفصه طالق ، ثم قال لحفصه : اذا طلقتك فزينب طالق ، فان بدأ وقال لزينب أنت طالق وقع عليها طلقه بالمباشرة وبوقوع هذه الطلقه على زينب تطلق حفصه طلقه بالصفه ، وبوقوع هـذه الطلقه على حفصه لا يعود الطلاق على زينب ، لأنه ما وجد شرط وقوعهـا ، لأن قوله لحفصه : إذا طلقتك فزينب طالق ، معناه اذا أحدثت طلاقك ولم يحدث طلاقها بعد هذا العقد ، وانما طلقتك بالصفة السابقه ، فهو كما قلنا فيه : اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال لها : اذا طلقت فأنت طالق ثم دخلت الدار فانها تطلق طلقه بدخول الدار لا غير .

وان بدأ فقال لحفصه : اذا طلقت زينب أنت طالق طلقت حفصه بالمباشرة وبوقوع هذه الطلقه يقع على زينب طلقه بالصفه ، وبوقوع هــذه الطلقه على زينب تقع على حفصه طلقه بائنه بالصفه ، لأنه قال لزينب اذا طلقتك لحفصه طالق . قبل ان قال لحفصه : اذا طلقتك فزينب طالق فهو كما قلنا فيه : اذا قال لها اذا طلقتك فأنت طالق ثم قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق ثم دخلت الدار وقع عليها طلقتان ، طلقه بدخول الدار وطلقه بوجود الصفه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال لغير المدخول بها اذا طلقتك فأنت طالق أو اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، أو كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق فوقعت عليها طلقه بالمباشرة أو بالصفه لم يقع غيرها لأنها تبين بها فلم يلحقها مابعدها

(فصل) وان قال متى لم أطلقك أو أى وقت لم أطلقك فأنت طالق فهو على الفور ، فاذا مضى زمان يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق وقع الطلاق . وان قال : ان لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على التراخى ولا يقع به الطلاق الا عند فوات الطلاق وهو عند موت أحدهما

وإن قال : إذا لم أطلقك فأنت طالق فالمنصوص أنه على الفور ، فاذا مضى

زمان يمكنه أن يطلق فلم يطلق وقع الطلاق ، فن أصحابنا من نقل جواب كل واحـدة منهما الى الأخرى فجعلها على قولين ، ومنهم من حملها على ظاهرهما فجعل قوله إن لم أطلقك على التراخى ، وجعل قوله إذا لم أطلقك على الفور ، وهو الصحيح ، لأن قوله إذا اسم لزمان مستقبل ، ومعناه أى وقت ولهذا يجاب به عن السؤال عن الوقت فيقال متى ألقاك ؟ فتقول إذا شئت كما تقول أى وقت شئت فكان على الفور ، كما لو قال أى وقت لم أطلقك فأنت طالق وليس كذلك (إن) فإنه لا يستعمل فى الزمان ، ولهذا لا يجوز أن يقال متى ألقاك ، فتقول إن شئت وإنما يستعمل فى الفعل ويجاب بها عن السؤال عن الفعل فيقال هل ألقاك فتقول ان شئت فيصير معناه ان فاتنى أن أطلقك فأنت طالق ، والفوات يكون فى آخر العمر .

وإن قال لها كلما لم أطلقك فأنت طالق فمضى ثلاثة أوقات لم تطلق فيها وقع عليها ثلاث طلقات واحدة بعد واحدة ، لأن معناه كلما سكت عن طلاقك فأنت طالق ، وقد سكت ثلاث سكتات

(الشرح) الأحكام : إذا كان له امرأة غير مدخول بها فقال لها : اذا طلقتك فأنت طالق ، أو كلما وقع عليك طلاقى فأنت طالق ، أو كلما أوقعت عليك الطلاق أو كلما طلقتك فأنت طالق ، ثم قال لها بعد ذلك أنت طالق لم يقع عليها إلا الطلقة التى أوقعها لأنها بائنة بها ، والبائن لا يلحقها طلاق .

وان قال لها : ان دخلت الدار فأنت طالق وطالق ، فدخلت الدار ففيه وجهان حكاهما العمرانى عن القاضى أبى الطيب (أحـدهما) يقع طلقتان لأنهما يقعان بالدخول من غير ترتيب (والثانى) لا يقع الا واحدة ، كما إذا قال لها أنت طالق وطالق . قال القاضى أبو الطيب : ويحتمل أن يكون هـذا الوجه على قول من قال من أصحابنا ان الواو للترتيب ؛ والاول أصح

(مسألة) قوله : وان قال متى لم أطلقك الخ ، فقد قال الشافعى رضى الله عنه ولو قال أنت طالق اذا لم أطلقك أو متى لم أطلقك فسكت مدة يمكنه فيها الطلاق طلقت . قال فى البيان : وجملة ذلك أن الحروف التى تستعمل فى الطلاق المعلق

بالصفات سبعة : ان ، واذا ، ومتى ، ومتى ما ، وأى وقت ، وأى حين ، وأى زمان . واذا استعملت فى الطلاق فله ثلاثة أحوال (أحـدها) أن يستعمل فى الطلاق متجردا عن العوض وعن كلمة لم (والثانى) أن تستعمل فيه مع العوض (الثالث) أن يسـتعمل فيه كلمة لم ، فإن استعملت فى الطلاق متجرداً عن العوض وعن كلمة لم مثل ان قال : ان دخلت الدار فأنت طالق ، أو اذا دخلت الدار أو متى أو متى ما دخلت أو أى وقت دخلت أو أى حين دخلت أو أى زمان دخلت لجميع هذا لا يقتضى الفور ، بل أى وقت دخلت الدار طلقت ، لأن ذلك يقتضى دخولها الدار ، فأى وقت دخلت الدار فقد وجد الشرط اه .

وان استعملت فى الطلاق مع العوض بأن قال : ان أعطيتنى أو ان ضمنت لى ألفاً فأنت طالق ، فإن خمسـة أحرف منها لا تقتضى الفور ، بل هى على التراخى بلا خلاف على المذهب ، وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان ويمكن أن يدخل فيها أيما وحرف منها يقتضى الفور على المذهب بلا خلاف وهو ان ؛ وحرف منها اختلف أصحابنا فيه وهو اذا ، فعند أكثر أصحابنا هو على الفور . وعند الشيخ أبى اسحاق لا يقتضى الفور ، وقد أوفينا ذلك فى الخلع

وان استعملت فى الطلاق مع كلمة لم فلا خلاف على المذهب أن خمسة أحرف منها على الفور ، وهى متى ومتى ما وأى حين وأى وقت وأى زمان . فإذا قال متى لم تعطى ألفا فأنت طالق . أو متى لم أطلقك أو متى لم تدخلى الدار فأنت طالق . وما أشبهه من الصفات .

فان أعطته ألفاً على الفور بحيث يصلح أن يكون جوابا لكلامه أو دخلت الدار فقد بر فى يمينه ولا تطلق . وهكذا اذا قال : متى لم أطلقك فطلقها على الفور فقد بر فى يمينه ولا يقع عليها الا ما أوقعه

وان تأخرت العطية أو دخول الدار أو الطلاق عن ذلك وقع عليها الطلاق لأن تقديره أى زمان عقدت فيه العطيه أو الدخول أو الطلاق فأنت طالق . فاذا مضى زمان يمكن ايجاد هذه الصفة ولم توجد فقد وجد شرط وقوع الطلاق المعلق بذلك فوقع .

وأما حروف إن وإذا فقد نص الشافعى أن إذا على الفور كالحروف الخمسة وأن حرف إن لا يقتضى الفور ، بل هو على التراخى ، فمن أصحابنا من عسر عليه الفرق بينهما ، فقال : لا فرق بينهما ، ولهذا إذا كان معهما العوض كانا على الفور فنقل جوابه فى كل واحدة منهما إلى الأخرى وجعلهما على قولين ، ومنهم من حملهما على ظاهرهما : وجعل إذا على الفور ، وإن على التراخى ، وفرق بينهما بأن حرف إذا يستعمل فيما يتحقق وجوده ، وحرف إن يستعمل فيما يشك بوجوده ، بدليل أنه يقال : إذا طلعت الشمس ، ولهذا قال تعالى « إذا السماء انشقت » ولا يقال : إن طلعت الشمس ، ويقال : إن قدم زيد ، فجاز أن يكون إذا على الفور ، وإن على التراخى ، فإذا قلنا بهذا وقال لها : إذا لم أطلقك فأنت طالق ، أو إذا لم تدخلى الدار فأنت طالق ، فإذا مضى بعد قوله زمان يمكنه أن يقول فيه : أنت طالق ؛ ولم يطلق أو مضى زمان يمكنها فيه دخول الدار ولم تدخل الدار ، وقع عليها الطلاق .

وإن قال لها : إن لم أطلقك أو لم تدخلى الدار فأنت طالق ، فانها لا تطلق إلا إذا فات الطلاق أو الدخول ، وذلك بآخر جزء من أجزاء حياة الميت الأول منهما ، وان قال لها : كلما لا أطلقك فأنت طالق فمضى بعد هذا ثلاثة أوقات يمكنه أن يطلق فيها فلم يطلق طلقت ثلاثا ، لأن كلما تقتضى التكرار ، لأن تقديره كلما سكت عن طلاقك فأنت طالق ، وقد سكت ثلاثة أوقات فطلقت ثلاثا .

(فرع) وان كان له أربع زوجات فقال لهن : أيتكن لم أطأها اليوم فصواحبها طوالق ، فان ذهب اليوم ولم يطأ واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا ، لأن لكل واحدة منهن ثلاث صواحب لم يطأهن ، وتطلق كل واحدة من الثلاث اللاتى لم يطأهن طلقة ، لأن لها صاحبتين لم يطأهما ، وان وطىء اثنتين فى اليوم طلقت كل واحدة من الموطوءتين طلقتين لأن لهما صاحبتين لم يطأهما ، وتطلق كل واحدة من التى لم يطأها طلقة لأنه ليس لها الا صاحبة لم يطأها ، وان وطىء ثلاثا منهن فى اليوم طلقت كل واحدة من الثلاث اللاتى وطئهن طلقة ، لأنه ليس لهن الا صاحبة لم يطأها ولا تطلق الرابعة لأنه ليس لها صاحبة غير موطوءة

وان وطئهن كلهن فى اليوم انحلت الصفة ولم تطلق واحدة منهن . وان قال لهن أيتكن لم أطأها فصواحبها طوالق ، ولم يقل اليوم كان ذلك للتراخى ، فان مات قبل أن يطأ واحدة منهن طلقن ثلاثاً ثلاثاً ، وان ماتت واحـدة منهن قبل أن يطأها طلقن الباقيات طلقة طلقة ، ولم تطلق هى ، والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان قال : ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها ان خرجت أو ان لم تخرجى أو ان لم يكن هذا كما قلت فأنت طـالق طلقت لأنه حلف بطلاقها ، وان قال ان طلعت الشمس أو ان جاء الحاج فأنت طالق لم يقع الطلاق حتى تطلع الشمس أو يجىء الحاج لأن اليمين ما قصد بها المنع من فعل أو الحث على فعل او التصديق على فعل وليس فى طلوع الشمس وجىء الحاج منع ولا حث ولا تصديق ، وانما هو صفة للطلاق ، فاذا وجدت وقع الطلاق بوجود الصفة

وان قال لها : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا القول وقعت طلقة لأنه حلف بطـلاقها ، فان أعاد ثالثا وقعت طلقة ثانية ، وان أعاد رابعاً وقعت طلقة ثالثة ، لأن كل مرة توجد صفة طـلاق وتنعقد صفة أخرى ، وان أعادها خامساً لم يقع طـلاق ، لأنه لم يبق له طلاق ، ولا ينعقـــد به يمين فى طلاق غيرها ، لأن اليمين بطلاق من لا يملكها لا ينعقد ، وان كانت له امرأتان احداهما مدخول بها والاخرى غير مدخول بها فقال : ان حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ، ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعية ، وتطلق غـير المدخول بها طلقة بائنة ، فان أعاد لم تطلق واحدة منهما لان غير المدخول بها بائن ، والمدخول بها لا يوجد شرط طلاقها ، لأن شرط طلاقها أن يحلف بطلاقهما ولم يحلف بطلاقهما ، لان غير المدخول بها لا يصح الحلف بطلاقها .

(الشرح) قوله : وان قال : ان حلفت بطـلاقك فأنت طالق الخ الجملة ذلك أنه اذا قال لإمرأته : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها : ان دخلت الدار أو ان لم تدخلى الدار أو أخبرها بشىء أو أخبرته بشىء فقال لها :

ان لم يكن الأمر كما أخبرتك أو كما أخبرتني فأنت طالق ، طلقت لأنه قد حلف بطلاقها . وان قال لها : اذا طلعت الشمس أو اذا قدم الحاج فأنت طالق ، فإن لم يحلف بطلاقها فلا تطلق قبل طلوع الشمس وقبل قدوم الحاج . وقال أبو حنيفة وأحمد : كل ذلك حلف فتطلق به ، الا قوله : أنت طالق ان طهرت أو حضت أو شئت .

دليلنا أن اليمين هو ما يقصد به المنع من شيء . كقوله ان دخلت الدار أو التزام فعل شيء ، كقوله ان لم أدخل أو ان لم تدخلي . أو التصديق كقوله : ان لم يكن هذا الامر كما أخبرتك أو كما أخبرتني . وقوله : اذا طلعت الشمس أو اذا قدم الحاج ليس فيه يمين ، وانما هو تعليق طلاق على صفة فهو كقوله ان طهرت أو حضت أو شئت

وان قال لها : اذا حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم أعاد هذا الكلام ثانيا طلقت طلقة . لأنه حلف بطلاقها ، لأنه باليمين الاولة منع نفسه من الحلف وقد حلف . فإن أعاد ذلك ثلاثا طلقت الثانيه . فان عاد ذلك رابعا طلقت الثالثة وبانت .

(فرع) قال ابن الصباغ في الشامل[1] : اذا قال لامرأته اذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق وكرر ذلك ثلاث مرات . فان فرق وسكت بعد كل يمين سكتة يمكنه أن يحلف فلم يحلف وقع عليها ثلاث طلقات . لأن اذا في النفي يقتضي الفور ، وان لم يفرق بينهن لم يحنث في الاولة والثانية . لأنه حلف عقيبهما ويحنث في الثالثة فتطلق . لأنه لم يحلف عقيبهما

وأما اذا قال : كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق فمضى ثلاثة أوقات يمكنه أن يحلف فيها ولم يحلف طلقت ثلاثا لأن كلما تقتضي التكرار . وان قال لها كلما حلفت بطلاقك فأنت طالق . ثم قال : اذا جاء المطر ولم أكن بنيت هذا الحائط ، أو يخاط الثوب قبل مجيء المطر اهـ

---

(١) نسخه خطية بمكتبة المعهد الديني بثغر دمياط موقوفه من بعض الصالحين نقل الينا بعض الثقات من أصحابنا ما انتفعنا به في شروحنا أثابهم الله وايانا

(فرع) وإن كان له امرأتان فقال : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق قال ابن الصباغ : فمتى سكت عقب هـذا القول قدراً يمكنه أن يحلف بطلاقها فلم يحلف طلقتا لأنه جعل ترك اليمين بطلاق كل واحدة منهما شرطا لطلاق صاحبتها فلو كرر هذا القول مرارا متصلا بعضها ببعض لم تطلق واحدة منهما مادام مكررا ، إلا أن هذا القول منه يمين بطلاقها ، فتبين الأولة بالثانية ، وتبين الثانية بالثالثة ، فإذا سكت طلقتا باليمين الأخرى ، فلو كرر هذا القول ثلاثا وسكت عقب كل يمين طلقت كل واحدة ثلاثاً

وقال أبو علي الشيخي : وعندي أن هـذا خطأ ، لأن اقوله : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق ليس في لفظه متى يحلف بطلاقها ، فيكون على التراخي . ومعناه : إن فاتني الحلف بطلاقها فغيرها طالق ، ولا يعلم الفوات إلا بموت أحدهما ، إلا أن يقول : أيما امرأة لم أحلف بطلاقها الساعه فغيرها طالق فالجواب صحيح حينئذ .

ولو قال: متى لم أحلف أو أي وقت لم أحلف أو أي زمان ، أو كلما لم أحلف بطلاقها فغيرها طالق كان الجواب كما ذكرناه

(فرع) وإن كان له امرأتان زينب وعمرة فقال لهما : ان حلفت بطـلاقكما فعمرة طالق ، فهذا تعليق طلاق عمرة بالحلف بطلاقهما جميعاً ، فإن أعاد هـذه الكلمة مراراً لم تطلق واحـدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما ، وإنما كرر تعليق طلاق عمرة . ولو قال بعـد ذلك : ان دخلتما الدار فأنتما طالقان ، طلقت عمرة لأنه حلف بطلاقهما .

وإن قال : ان حلفت بطلاقكما فإحداكما طالق ، وكرر هـذا القول لم تطلق واحدة منهما لأنه لم يحلف بطلاقهما وإنما حلف بطلاق واحدة منهما . ولو قال بعد ذلك : إذا حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ، طلقت إحداهما لا بعينها لانه حلف بطلاقهما . ولو قال : إذا حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان ، ثم أعاد هذا مرة طلقت كل واحدة منهما طلقة ، لأنه علق طلاقهما بالحلف بطلاق إحداهما لا محالة ولو قال : إذا حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان ، ثم قال : اذا حلفت بطلاقكما

فإحدا كما طالق طلقتا جميعا ، لأنه قد حلف بطلاق إحداهما فيحنث فى اليمين الأولى . وان قال : إن حلفت بطلاقكما فعمرة طالق ، وان حلفت بطلاقكما فزينب طالق . قال ابن القاص : فإن أعاد ما قاله فى زينب مرة لم تطلق ، وان أعادما قال فى عمرة أخرى طلقت لأنه علق طلاق عمرة بصفتين ، إحداهما اليمين بطلاقهما والاخرى اليمين بطلاق زينب ، فما لم يحلف بعد القول الاول بطلاقهما معاً أو مجتمعاً أو متفرقا لم يحنث فى طلاق عمرة . وكذا إذا قال فى المرة الثانيه فى طلاق زينب . فإذا كرر ماقال فى زينب — وهو قوله الثانى ان حلفت بطلاقكما فزينب طالق — فلا تطلق واحدة منهما لا زينب ولا عمرة ، لأنه وجد إحدى الصفتين دون الاخرى ، فإذا أعاد فى عمرة طلقت عمرة لأنه علق ابتداء الطلاق بالحلف بطلاقهما ، وقد حلف ذلك بطلاق زينب وحـدها ، فإن حلف بطلاق عمرة بعد ذلك فقد اجتمع الصفتان فى طلاق عمرة بعد تعليقه بهما فوقع بها ، فإذا أعاد فى زينب مرة أخرى ما قال فيها بعد ما أعاد فى عمرة طلقت زينب أيضا لأنه قد حلف بعد ذلك بطلاقهما جميعا ، فاذا حلف بعد ذلك بطلاقهما إما مجتمعاً أو متفرقا فانه يقع .

(فرع) وان كانت له امرأتان مدخول بها وغير مدخول بها ، فقال لهما : اذا حلفت بطلاقكما فأنتما طالقان ثم أعاد هذا القول طلقت المدخول بها طلقة رجعيه وطلقت غير المدخول بها طلقة ثانيه . فان أعاد هذا القول ثالثا لم تطلق واحدة منهما ، لأن الصفه لم توجد ، إذ البائن لا يصح الحلف بطلاقها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإذا كان له أربع نسوة وعبيد فقال : كلما طلقت امرأة من نسائى فعبد من عبيدى حر ، وكلما طلقت امرأتين فعبدان حران ، وكلما طلقت ثلاثا فثلاثة أعبد أحرار ، وكلما طلقت أربعا فأربعة أعبد أحرار ، ثم طلقهن فالمذهب أنه يعتق خمسة عشر عبدا لأن بطلاق الاولى يعتق عبد بوجود صفة الواحدة وبطلاق الثانيه يعتق ثلاثة أعبد ، لأنه اجتمع صفتان طلاق الواحدة وطلاق اثنتين ، وبطلاق الثالثه يعتق أربعة أعبد ، لانه اجتمع صفتان طلاق الواحدة

وطلاق الثلاث ، وبطلاق الرابعة يعتق سبعة أعبد ، لأنه اجتمع ثلاث صفات طلاق الواحدة وطلاق اثنتين وطلاق أربع

ومن أصحابنا من قال : يعتق سبعة عشر عبداً ، لأن فى طلاق الثالثة ثلاث صفات ، طلاق واحدة وطلاق اثنتين بعد الواحدة وطلاق الثلاث . ومنهم من قال : يعتق عشرون عبداً ، لجعل فى الثلاث ثلاث صفات ، وجعل فى الأربع أربع صفات ، طلاق واحدة وطلاق اثنتين وطلاق ثلاث بعد الواحدة وطلاق أربع ، والجميع خطأ لأنهم عدوا الثانية مع ما قبلها من الاثنتين ، وعدوا الثالثة مع ما قبلها من الثلاث ، ثم عدوهما مع ما بعدهما من الإثنتين والثلاث . وهذا لا يجوز ، لأن ما عد مرة فى عدد لا يعد فى ذلك العدد مرة أخرى . والدليل عليه أنه لو قال : كلما أكلت نصف رمانة فعبد من عبيدى حر . ثم أكل رمانة عتق عبدان ؛ لأن الرمانة نصفان ، ثم لا يقال إنه يعتق ثلاثة لأنه إذا أكل نصف رمانة عتق عبد ، فإذا أكل الربع الثالث عتق عبد ، لأنه مع الربع الثانى نصف . وإذا أكل الربع الرابع عتق عبد لأنه مع الربع الثالث نصف . فكذلك ههنا . وقال أبو الحسن بن القطان : يعتق عشرة لأن الواحدة والاثنتين والثلاث والاربع عشر . وهذا خطأ أيضا لأن قوله : كلما طلقت يقتضى التكرار ، وقد وجد طلاق الواحدة أربع مرات ، وطلاق المرأتين مرتين ، وطلاق الثلاث مرة ، وطلاق الاربع مرة ، فأسقط ابن القطان اعتبار ما يقتضيه اللفظ من التكرار فى المرأة والمرأتين وهذا لا يجوز

(فصل) إذا كان له أربع نسوة فقال : أيتكن وقع عليها طلاق فصواحبها طوالق ، ثم طلق واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا ، لأن طلاق الواحدة يوقع على كل واحدة منهن طلقة واحدة ، ووقوع هذه الطلقة على كل واحدة منهن يوقع الطلاق على صواحبها ، وهن ثلاث فطلقت كل واحدة منهن ثلاثا

(الشرح) وان قال لامرأته : إذا أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، وإذا أكلت رمانة فأنت طالق ، فأكلت رمانة طلقت طلقتين لانه وجدت الصفتان فإنها أكلت نصفها وأكلت جميعها .

وان قال : كلما أكلت نصف رمانة فأنت طالق ، وكلما أكلت رمانة فأنت طالق ؛ فأكلت رمانة طلقت ثلاثاً لأن كلما تقتضى التكرار وقد أكلت نصفين فوقع بهما طلقتان وأكلت رمانة فوقع بها طلقة . وهذا كما لو قال : ان كلمت رجلا فأنت طالق ، وان كلمت طويلا فأنت طالق ، وان كلمت شيوعياً فأنت طالق ، فكلمت رجلا طويلا شيوعياً لوجود الصفات الثلاث

* * *

(فرع) إذا قال لامرأته : أنت طالق مريضة (بالنصب أو بالرفع) لم يتم الطلاق الا اذا مرضت ، لان معنى قوله مريضة بالنصب أى فى حال مرضك . ومعنى قوله مريضة بالرفع (أى وأنت مريضة) هذا هو المشهور كما حكاه العمرانى

وحكى ابن الصباغ فى أهل البيد قال : اذا قال مريضة بالرفع وهو من أهل الإعراب وقع عليها الطلاق فى الحال لانه صفة لها وليس بحال . وهذا خطأ لانه نكرة فلا توصف به المعرفة ، وقد عرفها بالاشارة اليها فلا تكون صفة لها ، وانما تكون حالا ، وإنما لحن فى اعرابه ؛ أو على إضمار مبتدأ فيكون شرطا

قوله « اذا كان له أربع نسوة الخ » فجملة ذلك أنه اذا كان له أربع زوجات فقال لهن : كلما طلقت واحدة منكن فأنتن طوالق فطلق واحدة منهن وقع عليها طلقتان ، طلقه بالمباشرة وطلقه بالصفه ، ويقع على الثلاث الباقيات طلقه طلقه وان قال : كلما وقع على واحدة منكن طلاقى فأنتن طوالق أو أيتكن وقع عليها طلاقى فصواحبها طوالق ؛ فطلق واحدة منهن طلقن ثلاثا ثلاثا ، لانه إذا طلق واحدة منهن طلقة وقع على كل واحدة من الباقيات طلقه ، ووقوع هذه الطلقه على كل واحدة من الباقيات يوقع الثانيه على صواحبها : ووقوع الثانيه يوقع الثالثه .

(فرع) وان قال لامرأته أنت طالق وطالق إن دخلت الدار طالقا ، فقد علق وقوع طلقتين بدخول الدار وهى طالق فإن دخلت الدار وهى مطلقه طلاقا رجعيا وقع عليها طلقتان بالصفه . وان دخلت الدار وهى زوجه غير مطلقه أو بائن لم تطلق لان الصفه لم توجد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن كان له امرأتان فقال لإحداهما أنت طالق طلقه ، بل هذه ثلاثاً وقع على الاولى طلقه وعلى الثانيه ثلاث ، لأنه إذا أوقع على الأولى طلقه ثم أراد رفعها فلم يرتفع ، وأوقع على الثانيه ثلاثاً فوقعت

وإن قال للمدخول بها أنت طالق وأحدة لا بل ثلاثا إن دخلت الدار ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو بكر بن الحداد المصرى : تطلق واحدة فى الحال ويقع بدخول الدار تمام الثلاث ، لأنه نجز واحدة فوقعت ، وعلق ثلاثا على الشرط فوقع مابقى منها عند وجود الشرط . ومن أصحابنا من قال : يرجع الشرط الى الجميع ولا تطلق حتى تدخل الدار ، لأن الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما

(الشرح) قوله « نجز واحدة » التضعيف زيادة تجعل اللازم متعدياً كالمزيد بالهمز ، فيكون قوله نجز كقوله أنجز . وهو بمعنى عجل

أما الاحكام فإنه ان كان له امرأتان فقال لاحداهما : أنت طالق واحدة لا بل هذه ثلاثاً ، وقع على الاولة طلقه ، وعلى الثانيه ثلاثا ، لأنه أوقع على الاولة طلقه فوقعت ثم رجع عنها ، وأوقع على الثانية ثلاثا فلم يصح رجوعه عما أوقعه على الاولة وصح ما أوقعه على الثانيه

وإن قال لامرأته المدخول بها أنت طالق واحدة لا بل ثلاثا ان دخلت الدار فاختلف أصحابنا فيه ، فقال ابن الحداد : يقع عليها طلقه فى الحال ؛ ويقع باقى الثلاث بدخول الدار . لأنه أوقع واحدة فوقعت ثم رجع وأوقع الثلاث بدخول الدار فلم يصح رجوعه عن الاولة ، ويعلق بدخول الدار باقى الثلاث . ومنهم من قال يرجع الشرط الى الجميع فلا يطلق حتى تدخل الدار ، لأن الشرط يعقب الايقاعين فرجع اليهما . وان كانت غير مدخول بها فالذى يقتضى القياس أن على قول ابن الحداد فى مولداته يقع عليها الطلقه المنجزة وتبين بها ، ولا يقع مابعدها بدخول الدار ، وعلى القول الآخر لبعض أصحابنا لا يقع عليها طلاق حتى تدخل الدار ، فإذا دخلت وقع عليها الثلاث

(فرع) وإن قال لاحدى امرأتيه أنت طالق ان دخلت الدار لا بل هذه ،

قال ابن الحداد فإن دخلت الاولة طلقتا جميعا وان دخلت الثانية لم تطلق واحدة منهما لانه علق طلاق الاولة بدخولها الدار ، ثم رجع عن ذلك وعلق بدخولها طلاق الثانية فعلق به ، ولم يصح رجوعه عن طلاق الاولة .

ومن أصحابنا من قال : اذا دخلت الاولة الدار طلقت وحدها ، واذا دخلت الثانيه طلقت وحدها ، لأنه علق على طلاق الاولة بدخولها الدار ثم رجع عن هذه الصفة جملة ، وعلق طلاق الثانيه بدخولها الدار ، فلم يصح رجوعه ، وتعلق الثانية بدخولها .

(فرع) قال فى البويطى : اذا قال أنت طالق فى مكة أو بمكة أو فى الدار أو بالدار فهى طالق ساعة تكلم به ، الا أن ينوى : اذا كنت بمكة . فإذا قال نويت ذلك قبل منه لأن لفظه يحتمله .

قال المسعودى : ولو قال ان قذفت فلانا فى المسجد فأنت طالق ، فيشترط أن يكون القاذف فى المسجد . وان قال : ان قتلت فلانا فى الحظيرة فأنت طالق يشترط أن يكون المقتول فى الحظيرة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان قال لها أنت طالق الى شهر ولم يكن له نية وقع الطلاق بعد الشهر ، لأن الى تستعمل فى انتهاء الفعل : كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) وتستعمل أيضا فى ابتداء الفعل : كقولهم فلان خارج الى شهر فلا يقع الطلاق فى الحال مع الاحتمال ، كما لا يقع بالكنايات من غير نية

﴿ فصل ﴾ وان قال أنت طالق فى شهر رمضان ، طلقت برؤية الهلال فى أول الشهر . وقال أبو ثور : لا تطلق الا فى آخر الشهر لتستوعب الصفة التى علق الطلاق عليها ؛ وهذا خطأ لأن الطلاق اذا علق على شىء وقع بأول جزء منه ، كما لو قال اذا دخلت الدار فأنت طالق فإنها تطلق بالدخول الى أول جزء من الدار . فإن قال أردت فى آخر الشهر دين فيه ، لانه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم لانه يؤخر الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه

وان قال أنت طالق فى أول الشهر وقع الطلاق فى أول ليلة يرى فيها الهلال

وإن قال أنت طالق فى غرة الشهر طلقت فى أوله . فإن قال أردت اليوم الثانى أو الثالث دين ، لأن الثلاث من أول الشهر تسمى غرراً ، ولا يقبل فى الحكم لأنه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقتضيه

وإن قال أنت طالق فى آخر الشهر طلقت فى آخر يوم منه تاما كان الشهر أو ناقصاً . وإن قال أنت طالق فى اول اخر رمضان ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى العباس أنها تطلق فى أول ليلة السادس عشر لأن اخر الشهر هو النصف الثانى وأوله أول ليلة السادس عشر ، والثانى أنها تطلق فى أول اليوم الأخير من آخر الشهر لأن آخر الشهر هو اليوم الاخير فوجب أن تطلق فى اوله

وإن قال أنت طالق فى اخر أول الشهر طلقت على الوجه الاول فى اخر اليوم الخامس عشر ، وعلى الوجه الثانى تطلق فى اخر اليوم الأول . وإذ قال أنت طالق فى اخر اول اخر رمضان ، طلقت على الوجه الأول عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر ، لان أول اخر الشهر ليلة السادس عشر ، واخرها عند طلوع الفجر من يومها . وعلى الوجه الثانى تطلق بغروب الشمس من اخر يوم منه ، لان أول اخره اذا طلع الفجر من اخر يوم منه ، فكان اخره عنـــد غروب الشمس . وإن قال أنت طالق فى اول اخر أول الشهر ، طلقت على الوجه الأول بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر ، لأن اخر أوله عند غروب الشمس من اليوم الخامس عشر ، فكان أوله طلوع فجره . وعلى الوجه الآخر تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر ؛ لأن اخر أول الشهر غروب الشمس من أول يوم منه ، فكان أوله طلوع الفجر

(الشرح) إذا قال أنت طالق الى شهر كذا أو سنة كذا . فهو كما لو قال فى شهر كذا أو سنة كذا ، فلا يقع الطلاق إلا فى أول ذلك الوقت ، وبه قال أحمد . وقال أبو حنيفة يقع فى الحال ، لأن قوله أنت طالق إيقاع فى الحال . وقوله الى شهر كذا تأقيت له وغاية ، وهو لا يقبل التأقيت فبطل التأقيت ووقع الطلاق .

دليلنا أن ابن عبـاس وعطاء وجابر بن زيد والنخعى وأبى هاشم والثورى وأحمد بن حنبل وإسحاق بن راهويه وأبى عبيد وبعض أصحاب الرأى قالوا : إذا أوقع الطلاق فى زمن أو علقه بصفة تعلق بها ولم يقع حتى تأتى الصفة والزمن .

وقال ابن عباس فى الرجل يقول لامرأته أنت طالق الى رأس السنه ، قال يطأها بينه وبين رأس السنه ، وقد احتج أحمد بقول أبى ذر « إن لى إبلا يرعاها عبد لى وهو عتيق إلى الحول » ولان هذا يحتمل أن يكون توقيتا لايقاعه ، كقول الرجل أنا خارج إلى سنة أى بعد سنة . ومن ثم نخلص الى قول المصنف « ان قال لها أنت طالق الى شهر ولم يكن له نيـة الخ » فجملة ذلك أنه إذا لم يكن له نية لم يقع عليها الطلاق الا بعد مضى الشهر من حين عقد الصفه ، خلافا لأبى حنيفة ومالك ، ولأن إلى تستعمل فى انتهـاء الفعل ، كقوله تعالى (ثم أتموا الصيام الى الليل) ويستعمل فى ابتـداء الفعل ، فاذا احتمل الامرين فلا يقع به الطلاق فى الحال بالشـك . وان قال اردت أن الطلاق يقع محاكاة ويرتفع بعد شهر وقع عليها فى الحال ، لأنه قيس قوله بما يحتمله ، وفيه تغليظ عليه فقبل ؛ ولا يرتفع الطلاق بعد شهر ، لان الطلاق اذا وقع لم يرتفع

(مسألة) قوله : وان قال أنت طالق فى شهر رمضان طلقت برؤية الهلال فى أول الشهر ، وهـذا صحيح ، إذ أنه يقع الطلاق فى أول جزء من الليلة الاولة من شهر رمضان .

وقال أبو ثور : لا تطلق الا فى آخر جزء من شهر رمضان ، وهذا خطأ لان الطلاق اذا علق على شىء وقع بأول جزء منه ؛ كما إذا قال لها : اذا دخلت الدار فأنت طالق فدخلت الدار فى أول جزء منهـا طلقت . فإن قال أردت به الطلاق فى النصف أو فى اخره لم يقبل فى الحكم ، لان ذلك يخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لان قوله يحتمل ذلك

وإن قال أنت طالق فى غرة شهر رمضان أو فى غرة هلال رمضان أو فى غرة رمضان أو فى رأس رمضـان أو فى أول رمضان طلقت فى أول جزء من الليله الاولة من رمضان ، فإن قال أردت به نصف الشهر أو اخره لم يقبل فى الحكم ولا فيما بينه وبين الله تعالى لان لفظه لا يحتمل ذلك

وان قال : أردت بالغرة بعض الاولة من الشهر لم يقبل فى الحكم لانه يؤخر الطلاق عن أول وقت يقتضيه ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لانه يسمى غررا

وإن قال أنت طالق فى نهار رمضان لم تطلق إلا بأول جزء من اليوم الأول من الشهر لأنه علقه بالنهار

(فرع) وإن قال : أنت طالق فى آخر رمضان أو سلخ رمضان أو فى انفصامه او فى خروجه طلقت لغيبوبة الشمس فى آخر يوم منه . وان قال أنت طالق فى أول آخر رمضان ففيه وجهان قال أبو العباس بن سريج : تطلق فى أول جزء من ليلة السادس عشر ، لأن أول الشهر هو النصف الاول وآخره النصف الثانى ، فكان أول آخره أول ليلة السادس عشر ، والثانى ـ وهو قول أكثر أصحابنا ـ وهو الاصح أنها تطلق بطلوع الفجر من اليوم الاخير من الشهر لأن اخر الشهر هو اخر يوم فيه ، فأوله طلوع فجره

وإن قال أنت طالق فى اخر أول رمضان ، فعلى قول أبى العباس ـ تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر ، لأن أول الشهر عنده النصف الاول واخر أوله غروب الشمس من اليوم الخامس عشر . وعلى قول أكثر أصحابنا يقع الطلاق فى اخر الليله الاولة من الشهر لأنها أول الشهر . هكذا ذكر ابن الصباغ . وأما الشيخان ابو حامد الاسفرايينى وأبو اسحاق المروزى فقالا . تطلق على هذا اخر اليوم من الشهر ، وقول ابن الصباغ أقيس .

وإن قال أنت طالق فى اخر أول اخر رمضان . قال الشيخ أبو اسحاق الشيرازى فعلى قول أبى العباس تطلق عند طلوع الفجر من اليوم السادس عشر ، لأن اول اخر الشهر ليلة السادس عشر واخرها عند طلوع الفجر من اخر يوم منه فكان اخره عند غروب الشمس .

وان قال أنت طالق فى أول اخر أول رمضان ـ قال المصنف : طلقت على قول أبى العباس بطلوع الفجر من اليوم الخامس عشر ، لان اخر أوله غروب الشمس من هذا اليوم فكان أوله طلوع الفجر منه

وعلى الوجه الثانى : تطلق بطلوع الفجر من أول يوم من الشهر ، لان اخر أول الشهر غروب الشمس من أول يومه ، فكان أوله أول يوم من طلوع الفجر قال العمرانى رحمه الله : وعندى أنها تطلق على هذا فى أول جزء من الليله الاولة من الشهر . لان أول الشهر هو أول جزء من الليلة الاولة منه ، واخر أوله اخر

جزء من هذه الليلة ، فكان أول آخر أوله هو أول جزء من تلك الليلة .

(فرع) وإن قال أنت طالق فى شهر قبل ما بعد قبله رمضان فاختلف أصحابنا متى تطلق ؟ فمنهم من قال تطلق فى أول رجب ، ومنهم من قال تطلق فى أول شعبان — ولم يذكر فى الفروع غيره — لأن الشهر الذى بعد قبل رمضان هو رمضان نفسه ، فالشهر الذى قبله شعبان . ومنهم من قال : تطلق فى أول شوال وهو اختيار القاضى أبو الطيب وابن الصباغ . لأنه أول وقت الطلاق فى شهر وصفه ، لأن قبل ما بعد قبله رمضان ، ذلك لأنه يقتضى أن قبله رمضان ، لأن ما بعد قبل الشهر هو الشهر نفسه ، وقبله رمضان

وقال ابن قدامة من الحنابلة فى المغنى على متن الخرقى : وإذا قال أنت طالق فى آخر أول الشهر طلقت فى آخر أول يوم منه لأنه أوله . وإن قال فى أول آخره طلقت فى آخر يوم منه لأنه آخره . وقال أبو بكر فى الأولى : تطلق بغروب الشمس من اليوم الخامس عشر منه . وفى الثانية تطلق بدخول أول الليلة السادسة عشرة منه ، لأن الشهر نصفان أول وآخر ، فآخر أوله يلى أول آخره ، وهذا قول أبى العباس بن سريج — يعنى من الشافعية — وقال أكثرهم كقولنا وهو أصح . فإن ما عدا اليوم الأول لا يسمى أول الشهر . ويصح نفيه عنه ، وكذلك لا يسمى أوسط الشهر آخره ، ولا يفهم ذلك من إطلاق لفظه فوجب أن لا يصرف كلام الحالف اليه ولا يحمل كلامه عليه اهـ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قال أنت طالق اليوم طلقت فى الحال لأنه من اليوم . وإن قال أنت طالق فى غد طلقت بطلوع فجره . وإن قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد لم تطلق ، لانه لا يجوز أن تطلق اليوم لانه لم يوجد شرطه ، وهو مجىء الغد ، ولا يجوز أن تطلق إذا جاء غد لانه إيقاع طلاق فى يوم قبله . وان قال أنت طالق اليوم غدا طلقت اليوم طلقة ولا تطلق غداً طلقة أخرى ، لأن طلاق اليوم تعين . وقوله غداً يحتمل أن تكون طالقة بطلاقها اليوم . فلا نوقع طلاقا بالشك . وان قال أردت طلقة فى اليوم وطلقة فى غد طلقت طلقتين ، لان اللفظ

يحتمل ما يدعيه وهو غير متهم فيه ، لما فيه عليه من التغليظ ، وان قال أردت نصف طلقه اليوم ونصف طلقه غداً طلقت طلقتين ، طلقه بالايقاع وطلقه بالسراية ، وان قال أردت نصف طلقه اليوم والنصف الباقى فى غد ففيه وجهان (أحدهما) تطلق اليوم طلقه ولا تطلق غدا ، لان النصف الباقى قد وقع فى اليوم فلم يبق ما يقع غداً .

(والثانى) أنه يقع فى اليوم الثانى طلقه أخرى ، لان الذى وقع فى اليوم بالسراية وبقى النصف الثانى فوقع فى الغد فسرى .

وان قال أنت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان (أحدهما) تطلق غدا لانه يقين (والثانى) أنها تطلق اليوم لانه جعل كل واحد منهما محلا للطلاق فتعلق بأولهما .

(الشرح) الاحكام : إذا قال لامرأته أنت طالق اليوم طلقت فى الحال لانه من اليوم . وان قال لها اذا مضى يوم فأنت طالق ، فإن قال ذلك بالليل لم تطلق حتى تغيب الشمس من يوم تلك الليله . وان قال ذلك بالنهار لم تطلق حتى يمضى باقى يومه ثم تنقضى الليله التى يستقبلها ويبلغ من اليوم الثانى الى الوقت الذى عقد فيه الطلاق . وان قال أنت طالق إذا مضى اليوم ، فالذى يقتضى المذهب أنه اذا قال ذلك فى النهار طلقت بغروب الشمس من ذلك اليوم ، لان اليوم للتقريب

(فرع) وان قال لها أنت طالق فى غد طلقت بطلوع الفجر من الغد ، سواء قال ذلك ليلا أو نهارا ، أو ان قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد ، قال أبو العباس ابن سريج لم تطلق ، لانه لا يجوز أن تطلق غدا ، لانه إيقاع طلاق فى يوم قبله ، وان قال : أنت طالق اليوم غدا ، رجع اليه ما أراد بذلك ؟ فإن قال أردت أنها تطلق اليوم طلقه وتكون طالقا غدا بتلك الطلقة لم يقع عليها الا طلقه ، لان قوله يحتمل ذلك .

وان قال أردت انها تطلق اليوم طلقه وغدا طلقه طلقت طلقتين ، لان قوله يحتمل ذلك ، وقد أقر على نفسه بما فيه تغليظ عليه ، وإن قال أردت اليوم نصف طلقه وغدا نصف طلقه أخرى طلقت طلقتين ، لان كل نصف يسرى

طلقه . وإن قال : أردت نصف طلقه اليوم ونصفها الباقى فى غد ، وقع عليها فى اليوم طلقه لأنه لا يمكن إيقاع نصف طلقة فسرى الى طلقه ، وهل يقع عليها طلقة أخرى إذا جاء غد ؟ فيه وجهان

(أحدهما) لا يقع عليها لأن النصف الذى أوقعه قد سرى فى اليوم الأول فلم يبق ما يقع فى غد .

(والثانى) تطلق فى غد طلقة بائنة لأنه لم يقع عليها فى اليوم الأول بإيقاعه إلا نصف طلقه ، وإنما الشرع أوجب سرايتها ، وقد أوقع عليها فى الغد نصف طلقه فيجب أن تقع وتسرى ، وإن قال لا نية لى وقع عليها فى اليوم طلقه لأنها يقين ولا يقع عليها فى الغد طلقة أخرى لأنه مشكوك فيها .

وإن قال أنت طالق اليوم أو غدا ففيه وجهان حكاهما المصنف هنا . أحدهما لا تطلق إلا غداً لأنه يقين ، والثانى أنها تطلق اليوم لأنه جعل كل واحد منهما محلا للطلاق فتعلق بأولهما

(فرع) وإن قال لها : إذا جاء غد فأنت طالق ، أو عبدى حر بعد غد لم تطلق امرأته إذا جاء غد لأنه أوقع الطلاق غدا أو العتق بعد غد ، فإذا جاء بعد غد كان بالخيار بين أن يعين الطلاق فى امرأته أو العتق فى عبده ، كما لو قال لامرأتيه هذه طالق أو هذه .

(فرع) إذا قال لامرأته فى يوم أنت طالق ثلاثاً فى كل يوم طلقه ، وقع عليها فى الحال طلقه ، ووقعت عليها الثانية بطلوع الفجر من اليوم الثانى ، ووقعت الثالثة بطلوع الفجر من اليوم الثالث ، لأن ذلك أول وقت يقتضى وقوع الطلاق وإن قال لها أنت طالق فى مجىء ثلاثة أيام فإنها تطلق إذا مضت ثلاثة ايام وقع عليها الطلاق اذا طلع الفجر من اليوم الثالث لأن ذلك أول وقت يقتضى وقوع الطلاق . وان قال أنت طالق فى مضى ثلاثة أيام فإنها تطلق اذا مضت ثلاثة أيام قال ابن الصباغ : فإن قال ذلك بالليل طلقت اذا غربت الشمس من اليوم الثالث فإن قال ذلك بالنهار طلقت اذا جاء الى مثل ذلك الوقت من اليوم الرابع . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا قال : إذا رأيت هلال رمضان فأنت طالق فرآه غيره طلقت لأن رؤية الهلال فى عرف الشرع رؤية الناس، والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم : صوموا لرؤيته وافطروا لرؤيتـه . ويجب الصوم والفطر برؤية غيره ، وان قال أردت رؤيتى لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى خلاف الظاهر ويدين فيه . لأنه يحتمل ما يدعيه ، فإن رآه بالنهار لم تطلق ، لأن رؤية هلال الشهر مايراه فى الشهر ، وهو بعد الغروب ، ولهذا لا يتعلق الصوم والفطر الا بما نراه بعـد الغروب ، وان غم عليهم الهلال فعـدوا شعبان ثلاثين يوما طلقت ، لأنه قد ثبتت الرؤية بالشرع فصار كما لو ثبتت بالشهادة . وان أراد رؤيته بعينه فلم يره حتى صار قمراً لم تطلق ، لأنه ليس بهلال حقيقة ، واختلف الناس فيما يصير به قمراً فقال بعضهم : يصير قمراً اذا استدار . وقال بعضهم : اذا بهر ضوؤه

(الشرح) الحديث أخرجه النسائى بإسناد صحيح عن ابن عباس . ورواه مسلم عنه بلفظ « ان الله قد أمـده لرؤيته فإن أغمى عليكم فأكملوا العـدة » ورواه الترمذى ولفظه « لا تصوموا قبل رمضان ، صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته ، فإن حالت دونه غيابة فأكملوا ثلاثين يوما » قال الترمذى : حديث حسن صحيح وللحديث طرق عند الشيخين بألفاظ أخرى مكانها كتاب الصوم وقد مضى .

أما اللغات فقوله « واختلف الناس فيما يصير به قمرا » فى القاموس : والقمر يكون فى الليلة الثالثة ، والقمراء ضوؤه .

وقال فى غريب الشرح الكبير الموسوم بالمصباح المنير : قمر السماء سمى بذلك لبياضه . وقال الازهرى : ويسمى القمر لليلتين من أول الشهر هلالا ، وفى ليلة ست وعشرين وسبع وعشرين هلالا ، وما بين ذلك يسمى قمرا . وقال الفارابى وتبعه فى الصحاح : الهلال لثلاث ليال من أول الشهر ثم هو قمر بعد ذلك ، وقيل الهلال هو الشهر بعينه ، وسيأتى مزيد

أما الاحكام ، فإن قال لامرأته : اذا رأيتُ هلال رمضان فأنت طالق ، فإذا رآه آخر يوم من شعبان قبل الزوال أو بعده لم تطلق حتى تغيب الشمس من ذلك

اليوم ، لأن هـلال الشهر ما كان فى أوله لا قبله ، وان لم يره بنفسه ، وإنما رآه غيره طلقت امرأته .

وحكى ابن الصباغ أن أبا حنيفة قال : لا تطلق إلا أن يراه بنفسه وكذا حكى ابن قدامة ذلك عن أبي حنيفة أنه قال : لا تطلق إلا أن يراه بنفسه لأنه علق الطلاق برؤية نفسه فأشبه ما لو علقه على رؤية زيد

دليلنا أن الرؤية للهلال فى عرف الشرع العلم به برؤية نفسه أو برؤية غيره بدليل قوله صلى الله عليه وسلم «إذا رأيتم الهلال فصوموا وإذا رأيتموه فأفطروا» والمراد به رؤية البعض وحصول العلم فانصرف لفظ الحالف الى عرف الشرع . فحمل المطلق على ذلك العرف الشرعى؛ كما لو قال : إذا صليت فأنت طالق ، فإنه ينصرف الى الصلاة الشرعية لا إلى الدعاء ، وفارق رؤية زيد ، فإنه لم يثبت له عرف شرعى يخالف الحقيقة وكذلك لو لم يره أحد لكن ثبت الشهر بتمام العدد طلقت ، لأنه قد علم طلوعه بتمام العدد

وإن قال : أردت اذا رأيته بعينى لم يقبل فى الحكم عندنا لأن دعواه تخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه يحتمل ما يدعيه . هذا نقل أصحابنا البغداديين . وقال المسعودى : هل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان . وقال أصحاب أحمد يقبل فى الحكم لأنها رؤية حقيقية . فإذا غم عليهم الهلال فقد قال أبو اسحاق المروزى : اذا عدوا شعبان ثلاثين يوما طلقت بغيب الشمس من آخر يوم منه لأنه بالضرورة يعلم أن بعد ذلك هـلال رمضان ، لأن الشهر لا يكون واحداً وثلاثين يوما .

قال الشيخ أبو حامد وان صح عند الحاكم رؤية الهلال ولم يعلم المطلق ، فإن كان شهر شعبان ناقصا لم يلزمه حكم الطلاق حتى يعلم بالرؤية ، وإن كان شعبان تاما لزمه الطلاق بغروب الشمس من آخر يوم من شعبان ، لأن الشهر لا يكون أحدا وثلاثين ، ولعل الشيخ أبا حامد كما يقول العمرانى أراد به لا يلزمه حكم اذا كان شعبان ناقصا قبل علمه ، أى إذا وطئها قبل علمه لأنه لم يأثم . وأما الطلاق فيحكم به عليه بأول جزء من الليلة التى رأى فيها الهلال ، ويلزمه المهر ان وطىء

بعد ذلك ، سواء علم أو لم يعلم ، كما لو علقه بقدوم زيد ولم يعلم بقدومه .

(فرع) وان قال اذا رأيت الهلال بنفسى فأنت طالق ، أو أطلق ذلك وقال أردت رؤيته بنفسى فلم يره حتى صار قمراً لم تطلق عليه إذا قيد ذلك ظاهرا وباطنا ولا يدين فيما بينه وبين الله تعالى إذا رآه لأنه ليس بهلال

واختلف الناس فيما يصير به قمرا ، فمنهم من قال يصير قمرا اذا استدار . وقال بعضهم اذا بهر ضوؤه ، وقال بعضهم بعد ثالثة . وقال ابن السكيت فى متن كتاب الألفاظ : أول ما يرى القمر فهو الهلال ليلة يهل لليلة وليلتين وثلاث ليال . ويقال كأنه هلال ليلتين أو قمر بين سحابتين ؛ وقد أهللنا الهلال أى رأيناه ، وأهللنا الشهر واستهللناه أى رأينا هلاله ، الى أن قال : ويقال هلال ليلة وهلال ليلتين وهلال ثلاث ليال . ثم يقال قمر بعد ثلاث ليال وذلك حين يقمر ، وليلة مقمرة ثم هو قمر حتى يهل مرة أخرى ، وهو الشهر ليلة ينظر الناس اليه فيشهرونه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) اذا قال : اذا مضت سنة فأنت طالق اعتبر مضى السنة بالأهلة لأنها هى السنة المعهودة فى الشرع ، فإن كان العقد فى أول الشهر فمضى إثنا عشر شهرا بالأهلة طلقت ، فإن كان فى اثناء الشهر حسب ما بقى من الشهر الهلالى ، فان بقى خمسة أيام عد بعدها أحد عشر شهرا بالأهلة ثم عد خمسة وعشرين يوماً من الشهر الثانى عشر ، لأنه تعذر اعتبار الهلال فى شهر فعد شهرا بالعدد ، كما نقول فى الشهر الذى غم عليهم الهلال فى الصوم

فإن قال أردت سنة بالعدد ، وهى ثلثمائة وستون يوماً ، أو سنة شمسيه وهى ثلثمائة وخمسة وستون يوماً لم يقبل فى الحكم ، لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه ، لأن السنه الهلاليه ثلثمائة وأربعة وخمسون يوماً وخمس يوم ، وسدس يوم ، ويدين فيما بينه وبين الله عز وجل ، لأنه يحتمل ما يدعيه . وان قال : اذا مضت السنه فأنت طالق ، طلقت اذا مضت بقية سنة التاريخ وهو انسلاخ ذى الحجه . قلت البقيه أو كثرت ، لأن التعريف بالالف واللام يقتضى ذلك .

فان قال أردت سنة كاملة دين لأنه يحتمل ما يدعيه ولا يقبل فى الحكم لأنه يدعى ما يتأخر به الطلاق عن الوقت الذى يقتضيه ، فان قال أنت طالق فى كل سنه طلقة حسبت السنه من حين العقد ، كما اذا حلف لا يكلم فلانا سنه جعل ابتداء السنه من حين اليمين ، وكما اذا باع بثمن مؤجل اعتبر ابتداء الأجل من حين العقد فإذا مضى من السنه بعد العقـد أدنى جزء طلقت طلقه ، لأنه جعل السنه محلا للطلاق وقد دخل فيها فوقع ، كما لو قال أنت طالق فى شهر رمضان فدخل الشهر

(الشرح) قوله التاريخ هو لفظ معرب وقيل عربى، وهو بيان انتهاء وقته ، وسبب وضع التاريخ أول الاسلام أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أتِىَ بصك مكتوب الى شعبان فقال : أهو شعبان الماضى أو شعبان القابل ، ثم امر بوضع التاريخ ، واتفقت الصحابه على ابتـداء التاريخ من هجرة النبى صلى الله عليه وسلم الى المدينه ، وجعلوا أول السنه المحرم ، ويعتبر التاريخ بالليالى ، لأن الليل عند العرب سابق على النهار لأنهم كانوا أميين لا يحسنون الكتابه ، ولم يعرفوا حساب غيرهم من الامم فتمسكوا بظهور الهلال ، وإنما يظهر بالليل فجعلوه ابتداء التاريخ ، ثم صـدق الله العظيم « يسئلونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج »

أما الاحكام فإذا قال لامرأته : إذا مضت سنة فأنت طالق ، اعتبر ذلك من حين حلف ، فان كان فى أول الشهر اعتبر جميع السنه بالاهله ، فاذا مضى اثنا عشر شهرا تامة أو ناقصه طلقت،لأن الاعتبار بالسنه الهلاليه لقوله تعالى « يسئلونك عن الأهلة » الآيه

وان كانت اليمين — وقد مضى بعض الشهر بأن مضى منه خمسـة أيام — اعتـد بما بقى من أيام هذا الشهر ، وعد بعده أحد عشر شهرا بالاهلة : فان كان الشهر الذى حلف فيه تاماً لم تطلق حتى يمضى بعد الأحد عشر شهرا خمسة أيام لأن الطلاق اذا كان فى الشهر لم يمكن اعتباره بالهـلال ، فاعتبر جميعه بالعدد بخلاف غيره من الشهور .

وان قال : أنا أردت سنة بالعدد وهى ثلاثمائه وستون يوماً وسنه شمسيه

وهى ثلاثمائة وخمسة وستون يوماً لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه.

وإن قال: إذا مضت السنة فأنت طالق، طلقت إذا انقضت سنة التاريخ: وهو أن ينسلخ شهر ذى الحجة لأن التعريف يقتضى ذلك. وان قال أنا أردت سنة كاملة لم يقبل فى الحكم لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى، لأنه يحتمل ما يدعيه

(فرع) وان قال لها أنت طالق ثلاثا فى كل سنة طلقه، وقع عليها طلقه عقب إيقاعه، لأنه جعل السنه ظرفاً لوقوع الطلاق، فإذا وجد اول جزء منها وقع الطلاق، كما لو جعل الشهر أو اليوم ظرفاً للطلاق. فإن الطلاق يقع فى أوله، وهل تطلق فى أول السنه الثانيه والثالثه؟ ينظر فيه، فإن كانت فى عدة من هذا الطلاق بأن طالت عدتها طلقت فى أول كل سنة منها طلقه، لأن الرجعية تلحقها الطلاق، وإن كانت زوجه له فى هذا النكاح بأن راجعها بعد الاولة قبل انقضاء عدتها فمضى عليه سنه من حين اليمين الاولة طلقت طلقه ثانيه وكذلك اذا راجعها بعد الطلقه الثانيه، فجاء أول الثالثه وهى زوجه له من هذا النكاح وقعت عليها طلقه ثالثه. وان جاء أول الثانيه أو الثالثه وقد بانت منه ولم يتزوجها لم يقع عليها الطلاق، لأن البائن لا يلحقها الطلاق، وان تزوجها بعد أن بانت منه فجاء أول الثانيه أو الثالثه وهى زوجه له من نكاح جديد فهل يعود عليها حكم الصفة الاولة؟ فيه قولان يأتى بيانهما إن شاء الله

فإن قال أردت بقولى: فى أول كل سنه، أى أول سنة التاريخ وهو دخول المحرم لم يقبل فى الحكم، لأنه يدعى تأخير الطلاق عن أول وقت يقتضيه ويدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه

وجملة ما مضى أنه اذا قال: أنت طالق فى كل سنه طلقه فهذه صفة صحيحة لأنه يملك إيقاعه فى كل سنه. فاذا جعل ذلك صفة جاز ويكون ابتداء المدة عقيب يمينه. لأن كل أجل ثبت بمطلق العقد ثبت عقيبه. كقوله: والله لا كلمتك سنه فيقع فى الحال طلقه. لأنه جعل السنه ظرفا للطلاق فتقع فى أول

جزء منها وتقع الثانية في أول الثانية والثالثة في أول الثالثة إن دخلتا عليها وهي في نكاحه لكونها لم تنقض عدتها أو ارتجاعها في عدة الطلقة الأولى وعدة الثانيه أو جدد نكاحها بعد أن بانت ، فإن انقضت عدتها فبانت منه ودخلت السنة الثانيه وهي بائن لم تطلق لكونها غير زوجة ، فان تزوجها في أثنائها اقتضى قول أكثر أصحابنا وقوع الطلاق عقيب تزويجه لها لأنها جزء من السنة الثانية التي جعلها ظرفا للطلاق ومحلا له ، وكان سبيله أن تقع في أولها . هذا مذهبنا ومذهب الفقهاء كافة إلا ما رواه ابن قدامة عن بعض الحنابلة حيث قال : وقال القاضي تطلق بدخول السنة الثالثه . وعلى قول التيمي ومن وافقه تنحل الصفة بوجودها في حال البينونة فلا تعود بحال .

وإن لم يتزوجها حتى دخلت السنة الثالثة ثم نكحها طلقت عقيب تزويجها ثم طلقت الثالثه بدخول السنه الرابعه . وعلى قول القاضي لا تطلق إلا بدخول الرابعة ثم تطلق الثالثه بدخول الخامسة ، وعلى قول التيمي قد انحلت الصفه . وقال : واختلف في مبدإ السنه الثانيه ، فظاهر ما ذكره القاضي أن أولها بعد انقضاء إثنى عشر شهراً من حين يمينه لأنه جعل ابتداء المدة حين يمينه . وكذلك قال أصحاب الشافعي . وقال أبو الخطاب ــ من أصحاب أحمد ــ ابتداء السنه الثانيه من أول المحرم لأنها السنه المعروفه : فاذا علق ما يتكرر على تكرر السنين انصرف الى السنين المعروفه : كقول الله تعالى « أو لا يرون أنهم يفتنون في كل عام . الآيه » وإن قال : أردت بالسنه اثنى عشر شهراً قبل لأنها سنه حقيقيه . وان قال نويت أن ابتداء السنين أول السنه الجديدة من المحرم دين قال القاضي ولا يقبل في الحكم لأنه خلاف الظاهر . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال أنت طالق في الشهر الماضي فالمنصوص أنها تطلق في الحال ، وقال الربيع فيه قول آخر أنها لا تطلق . وقال فيمن قال لامرأته : إن طرت أو صعدت السماء فأنت طالق أنها لا تطلق ، واختلف أصحابنا فيه فنقل أبو علي بن خيران جوابه في كل واحدة من المسألتين إلى الأخرى وجعلهما

على قولين (أحدهما) تطلق لأنه علق الطلاق على صفة مستحيلة فألغيت الصفة ووقع الطلاق ، كما لو قال لمن لا سنة ولا بدعة فى طلاقها : أنت طالق للسنة أو للبدعة (والثانى) لا تطلق لأنه علق الطلاق على شرط ولم يوجد فلم يقع ، وقال أكثر أصحابنا : إذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى طلقت . وإن قال : ان طرت أو صعدت السماء فأنت طالق لم تطلق قولا واحداً ، وما قاله الربيع من تخريجه ، والفرق بينهما أن الطيران وصعود السماء لا يستحيل فى قدرة الله عز وجل ، وقد جعل لجعفر بن أبى طالب رضى الله عنه جناحان يطير بهما ، وقد أسرى برسول الله صلى الله عليه وسلم ، وإيقاع الطلاق فى زمان ماض مستحيل

(الشرح) إن قال أنت طالق فى الشهر الماضى فإنه يسأل عن ذلك فان قال أردت أنى أوقع الطلاق الآن فى الشهر الماضى ، فالمنصوص أنها تطلق فى الحال قال الربيع وفيها قول آخر أنها لا تطلق . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو على بن خيران : قد نص الشافعى على أنه إذا قال لها : ان طرت أو صعدت السماء فأنت طالق فانها لا تطلق . وهذا تعليق طلاق بصفة محال ، كإيقاع الطلاق الآن فى زمان ماض ، فجعل الاولة على قولين ، وهذه على وجهين (أحدهما) لا تطلق لأنه علق الطلاق على شرط فلا يقع قبل وجوده ، كما لو علقه على دخولها الدار (والثانى) تطلق فى الحال لأنه علقه على شرط مستحيل فألغى الشرط ووقع الطلاق . كما لو قال لمن لا سنة لها ولا بدعة أنت طالق للسنة أو للبدعة

وقال أكثر أصحابنا : اذا قال أنت طالق للشهر الماضى ، وقال أردت به إيقاع الطلاق الآن فى الشهر الماضى ، تطلق قولا واحداً لما ذكرناه ، وما حكاه الربيع فإنه من تخريجه .

وأما أحمد بن حنبل فظاهر كلامه فيمن قال أنت طالق أمس ولا نية له أن الطلاق لا يقع إذا كان قد تزوجها اليوم . وقال بعض أصحابه يقع الطلاق .

أما اذا قال لها أنت طالق إن طرت أو صعدت الى السماء فعلى وجهين : (أحدهما) تطلق لأن الصعود الى السماء أو الطيران ليس من الأمور المستحيلة عقلا ولا شرعا فى الماضى . أما الحاضر فقد انتفت الاستحالة العرفيه والعاديه

بالطائرات والاقمار الصناعيه والمحطات الفضائية . والوجه الثاني وهو المنصوص في الام أنها لا تطلق حتى توجد الصفه ، والفرق بينهما أن إيقاع الطلاق الآن في زمان ماض مستحيل وجوده في العقل ، لأن الله تعالى ما أجرى العادة بمثل ذلك ، وإن كان غير مستحيل في قدرة الله تعالى .

قال العمراني في البيان : والطيران والصعود إلى السماء غير مستحيل وجوده في العقل ، لأن الله تعالى قد أجرى العادة بذلك إذ جعل ذلك الملائكة ، وقد أسري بالنبي صلى الله عليه وسلم ، وقد يجعل الله لها إلى ذلك سبيلا اه

قلت : وقد جعل الله الى ذلك لكل الناس سبلا لا سبيلا ، والناس في عصرنا هذا يؤدون فريضة الحج ، فتقفز بهم الطائرات من القاهرة لتهبط في جدة في ساعات قليله ، فقد يصلي الظهر في القاهرة ثم يدرك العصر في جدة . ومن عجب أن المسلمين الذين يبحث فقهم في الممكنات والمستحيلات تنحط هممهم وتخور عزائمهم عن أن يكونوا هم أصحاب القدح المعلى في ارتياد الفضاء وجوب الآفاق وقد استفزهم كتاب الله ليبحثوا وينظروا . واستنفرهم للغوص في مظاهر الكون واستكناه خفاياه ، فتقاعدوا عن أمره ، وتخلفوا عن توجيهه وهديه ، فكان ما كان ، وما كان الله ليظلمهم ولكن كانوا أنفسهم يظلمون

هذا ولأن إيقاع الطلاق في الزمن الماضي يتضمن وقوعه الآن لحكم عليه بالطلاق الآن . وإن قال : أردت بقولي أنت طالق في الشهر الماضي ، أي كنت طلقتها في الشهر الماضي في نكاح آخر . أو طلقها زوج غيري في الشهر الماضي ، وأردت الإخبار عنه ، فإن صدقته الزوجه على أنه طلقها في الشهر الماضي أو طلقها زوج غيره في الشهر الماضي ، وأنه أراد بقوله هذا الإخبار عن ذلك ، فلا يمين على الزوج ولا طلاق .

وإن صدقته على طلاقه وطلاق زوجها الأول في الشهر الماضي وكذبته أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه أنه أراد ذلك ، لأن دعواه لا تخالف الظاهر ، وان كذبته أن يكون طلقها هو أو غيره في الشهر الماضي لم يقبل حتى يقيم البينة على ذلك لأنه يمكنه إقامة البينة على ذلك ، فإذا أقام البينة عليه حلف أنه أراده وان لم يقم البينة لم يقبل في الحكم لأن دعواه تخالف الظاهر ويدين فيما بينه وبين

الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه . وان قال : كنت طلقتها فى هذا النكاح فى الشهر الماضى ، فإن صدقته الزوجة على ذلك حكمنا بوقوع الطلاق من ذلك الوقت ، وكانت عدتها من ذلك الوقت . وان كذبته فالقول قوله مع يمينه والفرق بينهما أن فى التى قبلها يريد أن يوقع الطلاق من هذا النكاح فلم يقبل ، وههنا لا يريد أن يرفعه وإنما يريد نقله الى ما قبل هذا فقبل ويجب عليها العدة من الان لأنها تقر أن هذا ابتداء عدتها وليس للزوج أن يسترجعها بعد انقضاء عدتها من الشهر الماضى ، لأنه يقر أن ابتداء عدتها من الشهر الماضى

وإن قال : لم يكن لى نية حكم عليه بوقوع الطلاق فى الحال ، لان الظاهر انه أراد تعليق ايقاعه الان فى الشهر الماضى . وان مات أو جن أو أخرس فلم يعقل اشارته قبل البيان ، قال الشافعى فى الام : حكم عليه بوقوع الطلاق فى الحال ، وهذا يدل على ان الطلاق ينصرف الى ذلك .

(فرع) وان قال لها أنت طالق ان شربت ماء دجله أو النيل أو حملت جبل المقطم على رأسك ففيه قولان (أحدهما) لا يقع عليها الطلاق لأنه علق الطلاق على صفة فلم يقع قبلها (والثانى) يقع فى الحال لأنه علقه على صفة مستحيلة فى العادة فألغيت الصفه وبقى الطلاق مجردا . وهذا اختيار الشيخ ابى حامد الاسفرايينى والاول اختيار ابن الصباغ

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال ان قدم زيد فأنت طالق قبله بشهر ، فقدم زيد بعد شهر طلقت قبل قدومه بشهر ، لأنه ايقاع طلاق بعد عقده وان قدم قبل شهر ففيه وجهان (أحدهما) أنه كالمسئلة قبلها ، وهو اذا قال أنت طالق فى الشهر الماضى لأنه ايقاع طلاق قبل عقده (والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا انه لا يقع الطلاق ههنا قولا واحدا ، لأنه علق الطلاق على صفة ، وقد كان وجودها ممكنا فوجب اعتباره ، وايقاع الطلاق فى زمان ماض غير ممكن فسقط اعتباره

(فصل) وان قال انت طالق قبل موتى بشهر فمات قبل مضى شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد ، وان مضى شهر ثم مات عقيبه لم تطلق ، لأن وقوع

الطلاق مع اللفظ ، وإن مضى شهر وجزء ثم مات طلقت فى ذلك الجزء . وإن قال أنت طالق ثلاثاً قبل قدوم زيد بشهر ، ثم خالعها بعد يومين أو ثلاثة وقدم زيد بعد هـذا القول بأكثر من شهر لم يصح الخلع لأنها بانت بالطلاق فلم يصح الخلع بعده ، وإن قدم بعد الخلع بأكثر من شهر صح الخلع ، لأنه صادف المالك فلم يقع الطلاق بالصفة

(الشرح) الأحكام : إذا قال أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ، فقدم زيد بعد هذا بشهر وزيادة تبينا أن الطلاق وقع فى لحظة قبل شهر من قدومه ، وبه قال زفر وأحمد بن حنبل وأصحابه

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف : يقع الطلاق بقـدوم زيد . دليلنا أنه أوقع الطلاق فى زمان على صفة ، فاذا حصلت الصفة وقع فيه ، كما لو قال : أنت طالق قبل رمضان بشهر . فإن أبا حنيفة وافقنا على ذلك ، وإن قدم زيد قبل شهر من وقت اليمين ففيه وجهان حكاهما المصنف

(أحـدهما) أنها كما لو قال أنت طالق فى الشهر الماضى ، فيكون على قولين عند ابن خيران أنها لا تطلق وعند سائر أصحابنا تطلق فى الحال قولا واحداً لأنه إيقاع طلاق قبل عقده .

(والثانى) وهو قول أكثر أصحابنا وهو المشهور أنها لا تطلق ههنا قولا واحداً لأنه علق الطلاق بصفة قد كان وجودها ممكنا ، فوجب اعتبارها وإيقاع الطلاق فى زمن ماض غير ممكن فسقط اعتباره ، فعلى هذا اذا قال : أنت طالق قبل قدوم زيد بشهر ثم خالعها الزوج ثم قدم زيد نظرت ـــ فإن قدم زيد لأكثر من شهر من حين عقد الطلاق ـــ فإن كان بين ابتداء الخلع والقـدوم شهر فما دونه تبينا أن الخلع لم يصح ، لأنه اذا كان بينهما أقل من شهر بان أن الطـلاق بالصفة كان سـابقاً للخلع . وإذا كان بينهما شهر لا غير بان أنها طلقت ثلاثاً قبل تمام الخلع فلم يصح . وإن كان بين ابتداء الخلع والقدوم أكثر من شهر تبينا أن الخلع صحيح لأنه بان أن الخلع وقع قبل الطلاق بالصفة

(مسألة) قوله : وإن قال أنت طالق قبل موتى بشهر الخ ، فجملة ذلك أنه اذا

قال لامرأته أنت طالق قبل موتى طلقت فى الحال . لأن ذلك قبـل موته وهو أول وقت يقتضيه الطلاق ، فوقع فيه الطلاق

وان قال أنت طالق قبيل موتى . قال ابن الحداد لا يقع فى الحال ، وانما يقع قبل موته بجزء يسير ، لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير ، وكذلك إذا قال أنت طالق قبيل رمضان طلقت اذا بقى من شعبان جزء يسير . وإن قال لها : أنت طالق مع موتى لم تطلق ، لأن تلك حال البينونة فلا يقع فيها طلاق . كما لو قال لها أنت طالق مع انقضاء عدتك . وكانت رجعية ، وكما لو قال لها أنت طالق بعد موتى . وان قال لعبده : أنت حر مع موتى عتق من الثلث ، كما يصح أن يقول : أنت حر بعد موتى .

وان قال لامرأته : أنت طالق قبل موتى بشهر ، فإن مات لأقل من شهر لم تطلق لتقدم الشرط على العقد . وان مضى شهر بعد هذا ومات مع رأس الشهر لم تطلق ، لأن الطلاق انما يقع بعد إيقاع لا مع الإيقاع . فلو حكمنا بالطلاق ههنا لوقع معه .

* * *

وجملة ما فى الفصلين أن المسألة اذا كانت بحالها فمات أحدهما بعد عقد الصفة بيوم ثم قدم زيد بعد شهر وساعه من حين عقد الصفة لم يرث أحـدهما الآخر ، لأنا تبينا أن الطلاق كان قد وقع قبل موت الميت منهما فلم يرثه صاحبه . الا أن يكون الطلاق رجعيا فانه لا يقطع التوارث مادامت فى العدة . فإن قدم بعد الموت بشهر وساعه تبينا أن الفرقة وقعت بالموت ولم يقع الطلاق . فإن قال أنت طالق قبل موتى بشهر فمات أحدهما قبل مضى شهر لم يقع طلاق ، لأن الطلاق لا يقع فى المـاضى . وان مات بعد عقد اليمين بشهر وساعه تبينا وقوع الطلاق فى تلك السـاعه ؛ ولم يتوارثا إلا أن يكون الطلاق رجعيا ويموت فى عدتها

وإن قال أنت طالق قبل ولم يزد شيئا طلقت فى الحال ، لان ما قبل موته من حين انعقدت الصفه محل للطلاق فوقع فى أوله . وان قال قبل موتك أو موت زيد فكذلك . وان قال أنت طالق قبل قدوم زيد أو قبل دخولك الدار فقال بعض الفقهاء تطلق فى الحال ، سواء قدم زيد أو لم يقدم ، بدليل قوله تعالى (يا أيها الذين

أوتوا الكتاب آمنوا بما نزلنا مصدقاً لما معكم من قبل أن نطمس وجوهاً فنردها على أدبارها ، ولم يوجد الطمس فى المأمورين

ولو قال لغلامه : اسقنى قبل أن أضربك فسقاه فى الحال عد ممتثلا وان لم يضربه ، ولو قال أنت طالق قبيل موتى أو قبيل قدوم زيد لم يقع فى الحال ، وانما يقع ذلك فى الجزء الذى يلى الموت ، لأن ذلك تصغير يقتضى الجزء اليسير الذى يبقى . وإن قال أنت طالق قبل موت زيد وعمرو بشهر . قالوا تتعلق الصفة بأولهما موتاً لأن اعتباره بالثانى يفضى إلى وقوعه بعد موت الاول ، واعتباره بالاول لا يفضى الى ذلك فكان أولى . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) وان قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد ؛ فقدم ليلا لم تطلق لانه لم يوجد الشرط . وإن قال أردت باليوم الوقت قبل منه لأنه قد يستعمل اليوم فى الوقت كما قال الله عز وجل « ومن يولهم يومئذ دبره » وهو غير متهم فيه فقبل منه .

وان ماتت المرأة فى أول اليوم الذى قدم زيد فى آخره فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال ابو بكر بن الحداد المصرى : يقع الطلاق لأنه اذا قال أنت طالق فى يوم السبت طلقت بطلوع الفجر ، فإذا قال أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد ، فقدم وجب أن يقع بعد طلوع الفجر فى اليوم الذى يقدم فيه زيد ، وقد قدم وكانت باقية بعد طلوع الفجر فوجب ان يقع الطلاق .

ومن أصحابنا من قال لا يقع لأنه جعل الشرط فى وقوع الطلاق قدوم زيد وقدوم زيد وجد بعد موت المرأة فلا يجوز أن يقع الطلاق ، ويخالف قوله أنت طالق يوم السبت فإنه علق الطلاق على شرط واحد وهو اليوم ، وههنا علق على شرطين اليوم وقدوم زيد ؛ وقدوم زيد وجد وقد ماتت المرأة فلم يلحقها الطلاق

(الشرح) اذا قال لامرأته أنت طالق فى اليوم الذى يقدم فيه زيد — قال المصنف ههنا — فإن قدم زيد ليلا لم تطلق لأنه لم يوجد الشرط وان قال أردت باليوم الوقت طلقت ؛ لأن اليوم قد يستعمل فى الوقت . قال الله تعالى « ومن

يولهم يومئذ دبره ، وان ماتت المرأة فى يوم ثم قدم زيد بعد موتها فى ذلك اليوم ففيه وجهان . قال ابن الحداد : ماتت مطلقة فلا يرثها إن كان الطلاق بائناً ـ وقد مضى إيضاحنا لذلك فى الفصل قبله ـ وكذلك إذا علق عتق عبده بذلك ثم باعه بعد ذلك بيوم وقدم زيد بعد البيع فى ذلك اليوم تبينا أن العتق وقع قبل البيع وأن البيع باطل ، وهو اختيار القاضى أبى الطيب . لأن أول اليوم طلوع الفجر وإنما عرفه بقدوم زيد فإذا قدم تبينا أن الصفة وجدت بطلوع الفجر ، كما إذا قال أنت طالق يوم الخميس .

ومن أصحابنا من قال لا يقع عليها الطلاق ولا يصح العتق . وبه قال ابن سريج لأن معنى قوله يوم قدوم زيد ، أى فى وقت قدوم زيد فلا تطلق قبله ، كما لو علقه على القدوم من غير ذكر اليوم .

(مسألة) إذا قال لامرأته : ان لم أتزوج عليك فأنت طالق، فإن قيد ذلك بمدة ـ فإن لم يتزوج حتى بقى من المدة قدر لا يتسع لعقد النكاح طلقت . وإن أطلق اقتضى التأبيد ، فإن مات أحدهما قبل أن يتزوج طلقت اذا بقى من حياة الميت أو ما لا يتسع لعقد النكاح ـ فإن كان الطلاق رجعيا ورث الباقى منهما، وان كان بائنا ـ فان ماتت الزوجة ـ لم يرثها الزوج ، وان مات الزوج فهل ترثه ؟ فيه قولان . وان قال : اذا لم أتزوج عليك فأنت طالق : فمضى بعد يمينه زمان يمكنه أن يعقد فيه النكاح فلم يعقد طلقت عند من قال من أصحابنا أن « اذا » على الفور وان تزوج عليها بر فى يمينه

وقال مالك وأحمد : لا يبر حتى يتزوج عليها من يشبهها فى الجمال ويدخل بها دليلنا أن اليمين معقودة على التزويج بها وقد وجد ذلك بالعقد ، وان كانت مما لا يشبهها . هذا نقل البغداديين

وقال المسعودى : اذا قال لامرأته ان لم أتزوج فأنت طالق لم تطلق ما لو لم يوأس من تزويجه ، فلو مات قبل أن يتزوج ـ فان قال : ان لم أتزوج عليك ـ طلقت قبل موته ، وان أطلق لم تطلق ، فان ماتت فى الأولة وكان الطلاق بائنا لم يرثها ، وإن مات فهل ترثه ؟ فيه قولان

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصـل } وإن قال : إن لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم ، فمضى اليوم ولم يطلقها ، ففيه وجهان (أحدهما) لا تطلق ، لأن مضى اليوم شرط فى وقوع الطلاق فى اليوم ، ولا يوجد شرط الطلاق الا بعد مضى محل الطلاق فلم يقع . والثانى يقع وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأن قوله : ان لم أطلقك اليوم معناه إن فاتنى طلاقك اليوم فإذا بقى من اليوم ما لا يمكنه أن يقول فيه أنت طالق فقد فاته فوقع الطلاق فى بقيته . وان قال لعبده : إن لم أبعك اليوم فامرأتى طالق ، فأعتقه طلقت المرأة ، لأن معنـاه : ان فاتنى بيعك ، وقد فاته بيعه بالعتق .

{ فصل } إذا تزوج بجارية أبيه ثم قال : إذا مات أبى فأنت طالق فمات أبوه ففيه وجهـان (أحدهما) وهو قول أبى العباس بن سريج انها لا تطلق لأنه اذا مات الأب ملكها فانفسخ النكاح ، ويكون الفسخ فى زمان الطلاق فوقع الفسخ وانفسخ الطلاق ، كما لو قال رجل لزوجته: ان مت فأنت طالق ثم مات ، والثانى وهو قول الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله أنها تطلق ولا يقع الفسخ . لأن صفة الطلاق توجـد عقيب الموت وهو زمان الملك ، والفسخ يقع بعد الملك فيكون زمان الطلاق سابقا لزمان الفسخ فوقع الطلاق ولم يقع الفسخ . وان قال الأب لجاريته أنت حرة بعد موتى ، وقال الابن أنت طالق بعد موت أبى ، فمات الأب وقع العتق والطـلاق ، لأن العتق يمنع من الدخول فى ملك الابن ، فوقع العتق والطلاق معاً .

(الشرح) وإن قال لامرأته ان لم أطلقك اليوم فأنت طالق اليوم فخرج اليوم ولم يطلقها ففيه وجهـان (أحدهما) وهو قول أبى العباس انها لا تطلق ، لأن الصفة توجـد بخروج اليوم ، فإذا خرج اليوم لم يقع الطلاق لأنه قد فات . (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد أنها تطلق فى آخر جزء من اليوم لأن معناه ان فاتنى طلاقك اليوم فأنت طالق ، فاذا بقى من اليوم ما لا يمكنه من الطلاق فيه فقد فاته الطلاق فوقع الطلاق فى ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا كتب : إذا أتاك كتابي هذا فأنت طالق ونوى الطلاق فضاع الكتاب لم يقع الطلاق لأنه لم يأتها الكتاب . وان وصل وقد ذهبت الحواشي وبقي موضع الكتابة وقع الطلاق ، لأن الكتاب هو المكتوب . وإن أتاها وقد امحى الكتاب لم تطلق أيضا . لأنه لم يأتها الكتاب . وإن انطمس حتى لا يفهم منه شيء لم تطلق لأنه ليس بكتاب ، فهو كما لو جاءها كتاب فيه صورة . وإن جاء وقد امحى بعضه . فإن كان الذي امحى موضع الطلاق — لم يقع ، لأن المقصود لم يأتها ، وإن بقي موضع الطلاق وذهب الباقي فقد اختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو إسحاق يقع لأن المقصود من الكتاب قد أتاها . ومن أصحابنا من قال : لا يقع لأنه قال : إذا جاءك كتابي هذا . وذلك يقتضي جميعه

وإذا قال : إذا أتاك كتابي فأنت طالق ، فأتاها الكتاب وقد امحى الجميع الا موضع الطلاق وقع الطلاق ، لأنه أتاها كتابه ،

وإن قال : إن أتاك طلاقي فأنت طالق . وكتب اذا أتاك كتابي فأنت طالق ونوى الطلاق وأتاها الكتاب طلقت طلقتين ، طلقة بمجيء الكتاب ، وطلقة بمجيء الطلاق .

(الشرح) إذا كتب لزوجته ، أنت طالق ثم استمر فكتب : إذا أتاك كتابي أو علقه بشرط أو استثناء ، وكان في حال كتابته للطلاق مريداً للشرط لم يقع طلاقه في الحال لأنه لم ينو الطلاق في الحال بل نواه في وقت آخر ، وإن كان نوى الطلاق في الحال غير معلق بشرط طلقت للحال . وإن لم ينو شيئا وقلنا ان المطلق يقع به الطلاق نظرنا — فإن كان استمداداً لحاجة أو عادة لم يقع طلاق قبل وجود الشرط ، لأنه لو قال : أنت طالق ثم أدركه النفس أو شيء يسكته فسكت لذلك ثم أتى بشرط تعلق به فالكتابة أولى . وإن استمد لغير حاجة ولا عادة وقع الطلاق ، كما لو سكت بعد قوله : أنت طالق لغير حاجة ثم ذكر شرطا

وإن قال : إني كتبته مريداً للشرط فقياس قولنا وقول أصحاب أحمد أنها لا تطلق قبل الشرط إلا أنه يدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وقبوله في الحكم على

وجهين . وان كتب الى امرأته : أما بعد فأنت طالق ، طلقت فى الحال ، سواء وصل اليها الكتاب أو لم يصل وعدتها من حين كتبه .

وان قال : كنت أمتحن القلم أو أجود الخط قبل فى الحكم ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى . وان كتب اليها إذا وصلك كتابى هذا فأنت طالق فأتاها الكتاب طلقت عند وصوله اليها ، وان ضاع ولم يصلها لم تطلق ، لأن الشرط وصوله ، وان ذهبت كتابته بمحو أو غيره ووصل الصحيفة لم تطلق لأن الشرط وصوله . وان انطمس مافيه لعرق أو غيره فكما قلنا فى ذهاب كتابته : وان ذهبت حواشيه أو تخرق منه شيء لا يخرجه عن كونه كتاباً ووصل باقيه طلقت : لأن الاسم باق ، فينصرف الاسم اليه ، وان تخرق ما فيه ذكر الطلاق فذهب ووصل باقيه لم تطلق لأن المقصود ذاهب

فإن قال لها اذا أتاك طلاقى فأنت طالق ، ثم كتب اليها : إذا أتاك كتابى فأنت طالق . فأتاها الكتاب طلقت طلقتين لوجود الصفتين فى مجيء الكتاب . فإن قال أردت اذا أتاك كتابى فأنت طالق بذلك الطلاق الذى علقته دين . وهل يقبل فى الحكم ؟ وجهان ويخرج على روايتين عند أصحاب أحمد ولا يثبت الكتاب بالطلاق الا بشاهدين عدلين أن هذا كتابه . ولا تصح شهادة الشاهدين حتى يشاهداه يكتبه ، ثم لا يغيب عنهما حتى يؤديا الشهادة ، وبهذا قال بعض أصحاب أحمد ، والأظهر عندهم أن هذا ليس بشرط ، فإن كتاب القاضى لا يشترط فيه ذلك ، ولا يكفى أن يشهد شاهدان بالخبرة أن هذا خطه . لأن الخط يشبه ويزور .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وان قال ان قدم فلان فأنت طالق فقدم به ميتاً أو محمولا مكرهاً لم تطلق لأنه ماقدم وانما قُدم به ؛ وان أكره حتى قدم بنفسه ففيه قولان كالقولين فيمن أكره حتى أكل فى الصوم ، وان قدم مختاراً وهو غير عالم باليمين ، فإن كان ممن لا يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه كالسلطان طلقت لأنه طلاق معلق

على صفة وقد وجدت الصفة وان كان ممن يقصد الزوج منعه من القدوم بيمينه فعلى القولين فيمن حلف لا يفعل شيئاً ففعله ناسياً

(فصل) وإن قال : إن خرجت إلا بإذني فأنت طالق ، فخرجت بالإذن انحلت اليمين ، فإن خرجت بعد ذلك بغير الاذن لم تطلق ، لأن قوله إن خرجت لا يقتضي التكرار ، والدليل عليه انه لو قال لها : إن خرجت فأنت طالق فخرجت مرة طلقت ، ولو خرجت مرة أخرى لم تطلق فصار كما لو قال : ان خرجت مرة إلا بإذني فأنت طالق وان قال : كلما خرجت إلا بإذني فأنت طالق ثم خرجت بغير الاذن طلقت طلقة . وان خرجت مرة ثانية بغير الاذن وقعت طلقة أخرى . وإن خرجت مرة ثالثة وقعت طلقة أخرى لأن اللفظ يقتضي التكرار . وإن قال إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق ، فخرجت الى الحمام ثم عدلت الى غير الحمام لم يحنث لأن الخروج كان إلى الحمام . وان خرجت إلى غير الحمام ثم عدلت الى الحمام حنث بخروجها الى غير الحمام بغير الاذن . وان خرجت الى الحمام والى غيره وجمعت بينهما في القصد عند الخروج ففيه وجهان

(أحدهما) لا يحنث لأن الحنث علقه على الخروج الى غير الحمام ، وهذا الخروج مشترك بين الحمام وغيره

(والثاني) يحنث لأنه وجد الخروج الى غير الحمام بغير الاذن وانضم اليه غيره فوجب أن يحنث . كما لو قال : ان كلمت زيدا فأنت طالق ثم كلمت زيدا وعمراً . وإن قال ان خرجت الا بإذني فأنت طالق ، فأذن لها ولم تعلم بالاذن ثم خرجت لم تطلق لأنه علق الخلاص من الحنث بمعنى من جهته يختص به وهو الاذن وقد وجد الاذن . والدليل عليه انه يجوز لمن عرفه أن يخبر به المرأة فلم يعتبر علمها فيه كما لو قال : ان خرجت قبل أن أقوم فأنت طالق ثم قام ولم تعلم به

(فصل) وان قال لها : إن خالفت أمري فأنت طالق ، ثم قال لها لا تكلمي أباك فكلمته لم تطلق لانها لم تخالف أمره ، وانما خالفت نهيه . وان قال ان بدأتك بالكلام فأنت طالق ، وقالت المرأة : وان بدأتك بالكلام فعبدي حر ، فكلمها لم تطلق المرأة ولم يعتق العبد ، لأن يمينه انحلت بيمينها بالعتق ويمينها انحلت بكلامه . وان قال أنت طالق ان كلمتك وأنت طالق ان دخلت الدار طلقت لانه

كلمها باليمين الثانية وان قال أنت طالق ان كلمتك ثم أعاد ذلك طلقت لأنه كلمها بالاعادة . وان قال ان كلمتك فأنت طالق فاعلمى ذلك طلقت لأنه كلمها بقوله : فاعلمى ذلك . ومن أصحابنا من قال : ان وصل الكلام باليمين لم تطلق ؛ لأنه من صلة الأول

(فصل) اذا قال لامرأته : ان كلمت رجلا فأنت طالق ، وان كلمت فقيها ، فأنت طالق ، وان كلمت طويلا فأنت طالق ، فكلمت رجلا طويلا فقيها طلقت ثلاثا ، لأنه اجتمع صفات الثلاثة فوقع بكل صفة طلقة

(فصل) وان قال ان رأيت فلانا فأنت طالق فرآه ميتا أو نائما طلقت لأنه رآه ، وان رآه فى مرآة أو رأى ظله فى الماء لم تطلق لأنه ما رآه وانما رأى مثاله وان رآه من وراء زجاج شفاف طلقت لأنه رآه حقيقة

(الشرح) ان قال لها : اذا قدم فلان فأنت طالق ، فمات قبل أن يقدم ثم قدم به لم تطلق لأنه لم يقدم وانما قدم به . وهكذا اذا أكره فقدم به محمولا لم تطلق لأنه لا يقال له قدم ، وان أكره حتى قدم بنفسه فهل تطلق ، فيه قولان كما لو أكل فى الصوم مكرها على الأكل . وان قدم غير مكره والمحلوف عليه غير عالم باليمين حنث الحالف ، وان كان غير عالم باليمين أو كان عالما ثم نسيها عند القدوم نظرت ، فإن كان القادم ممن لا يقصد الحالف منعه من القدوم كالسلطان والحجيج ، أو أجنبي لا يمتنع من القدوم لاجل يمين الحالف طلقت ؛ لأن ذلك ليس بيمين ، وانما هو تعليق طلاق بصفة وقد وجدت فوقع الطلاق ، كقوله : ان دخل الحمار الدار وطلعت الشمس فأنت طالق ؛ وان كان القادم ممن يقصد الحالف منعه من القدوم كقرابة الرجل أو قرابة المرأة أو بعض من يسوءه طلاقها ففيه قولان كالقولين فيمن حلف لا يفعل شيئا ففعله ناسيا

وحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد قال : ينبغي أن يقال اذا كان المحلوف على قدومه ممن يمنعه الحالف من القدوم باليمين أن يرجع الى قصد الحالف ، فإن قصد منعه من القدوم فهو كما مضى ، وان أراد أن يجعل ذلك صفة كان ذلك صفة قال الطبرى . فلو قدم المحلوف عليه وهو مجنون ، فإن كان يوم عقد اليمين عاقلا

ثم جن بعـد ذلك لم يقع الطلاق لأنه لا حكم لفعله فى ذلك ، وإن كان فى ذلك اليوم مجنونا وقع الطلاق لأنه يجرى مجرى الصفات .

(فرع) وإن قال لها : إذا ضربتُ فلانا فأنت طالق ، فضربه بعد موته فقال أكثر أصحابنا : لم تطلق لأن القصد بالضرب أن يتألم به المضروب وهذا لا يوجد فى ضرب الميت . هذا هو المشهور .

وقال ابن الصباغ : وهـذا يخالف أصلنا لأنا لا نراعى إلا ظاهراً من اللفظ فى اليمين دون مايقصد به فى العادة . ألا ترى أنه لو حلف : لا ابتعت هذا فابتاعه له وكيله لم يحنث . وإن كان القصد من الابتياع هو التملك له . وحقيقة الضرب موجود فى ضرب الميت وان لم يألم به . ألا ترى أنه لو ضربه وهو نائم أو سكران لم يألم به . وان ضربه ضرباً لا يؤلمه بر فى يمينه اه

(مسألة) قوله : وان قال : ان خرجت الخ ، لجملة ذلك أنه إذا قال لها : ان خرجت بغير إذنى فأنت طالق ، فإن خرجت بغير إذنه طلقت ، فإن أذن لها فخرجت انحلت اليمين ، فإن خرجت بعد ذلك لم تطلق .. وكذلك اذا قال : ان خرجت إلا بإذنى ، أو قال إن خرجت إلا أن آذن لك ، أو حتى آذن لك أو إلى أن آذن لك فالحكم واحد .

وقال أبو حنيفة : إذا قال إلا بإذنى ، أو قال إن خرجت بغير إذنى فإذا خرجت بإذنه لم تنحل اليمين . ومتى خرجت بعد ذلك بغير اذنه حنث ، ووافقنا فى اللفظ الثلاثة ، وخالف أحمد فى كلها ، دليلنا أن اليمين تقدمت بخروج واحد لأن هذه الحروف لا تقتضى التكرار فلم يحنث بما بعد الأول

وإن قال كلما خرجت الا بإذنى فأنت طالق فخرجت بغير اذنه طلقت . وان خرجت بغير اذنه ثانيا طلقت الثانية ، وان خرجت بغير اذنه ثالثا طلقت ثلاثا، لأن كلما يقتضى التكرار .

وان قال ان خرجت الى غير الحمام بغير اذنى فأنت طالق ، فخرجت الى غير الحمام بغير اذنه طلقت . وان خرجت قاصدة الى الحمام ثم عدلت الى غير الحمام بغير الاذن وانضم اليه غيره فطلقت . كما لو قال : ان كلمت زيداً فأنت طالق فكلمت زيداً وعمراً معاً . وان أذن لها بالخروج فخرجت ولم تعلم بالإذن لم تطلق

لأن الصفة لم توجد لأنه شرط اذا خرجت بغير اذنه وقد وجد الإذن منه . وان لم تعلم به . هذا هو المشهور

وحكى الطبري اذا خرجت على ظن أنها تطلق فهل تطلق ؟ فيه وجهان الظاهر أنها لا تطلق بناء على القولين في الوكيل اذا تصرف بعد العزل وقبل العلم بالعزل .

(مسألة) اذا قال لها : ان خالفت أمري فأنت طالق ، ثم قال لا تكلمي أباك فكلمته لم تطلق لأنها لم تخالف أمره وانما خالفت نهيه ، وان قال لها : متى نهيتني عن منفعة أمي فأنت طالق ، فقالت له : لا تعط أمك مالي ، لم تطلق لأنه لا يجوز له أن يعطي أمه مال زوجته ، ولا يجوز للأم أن تنتفع به

(فرع) وان قال لها : ان كلمت زيداً فأنت طالق ، فكلمته بحيث يسمع كلامها طلقت ، سواء سمعها أو لم يسمعها لوجود الصفة ، ولهذا يقال : كلمته فلم يسمع وان كلمته وهو منها على مسافة بعيدة لا يسمع كلامها في العادة لم تطلق ؛ لأنه لا يقال كلمته ، وان كان أصم فكلمته بحيث يسمع لو كان سميعاً ففيه وجهان .

(أحدهما) تطلق لأنها قد كلمته ، وانما لم يسمع لعارض ، فهو كما لو لم يسمع لشغل (والثاني) لا تطلق لأن الاعتبار بما يكون كلاما له . وذلك ليس بكلام له كما يختلف الكلام في القرب والبعد . وان كلمته وهو ميت لم تطلق ، لأن الميت لا يكلم . فإن قيل فقد كلم النبي صلى الله عليه وسلم قتلى بدر وهم في القليب حيث قال صلى الله عليه وسلم « يا عتبة يا شيبة يا فلان هل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ فقيل يا رسول الله أتكلم الموتى وقد أرموا ؟ فقال ما أنتم بأسمع لما أقول منهم ؛ ولكن لم يؤذن لهم في الجواب »

قلنا تلك معجزة للنبي صلى الله عليه وسلم ، لأن الله رد اليهم أرواحهم حتى يسمعوا كلام النبي صلى الله عليه وسلم ؛ لأن الاصل أن الميت لا يسمع . قال الله تعالى « وما أنت بمسمع من في القبور » أنزل الكفار منزلة من في القبور ، وان كلمته وهو نائم أو مغمى عليه لم تطلق كالميت ، وان كلمته وهي مجنونة ، قال ابن الصباغ لم يحنث وان كانت سكرانة حنث ، لأن السكران بمنزلة الصاحي في الحكم ، وان كلمته وهو سكران ، فإن كان بحيث يسمع حنث ، وان كان بحيث

لا يسمع لم يحنث . وإن قال لها : إن بدأتك بالكلام فأنت طالق . ثم قالت له : إن بدأته بالكلام فعبدى حر فكلمها لم تطلق ولم يعتق العبد ، لأن يمينه انحلت بيمينها ويمينها انحلت بكلامه .

وإن قال لها : إن كلمتك فأنت طالق ، وإن دخلت الدار فأنت طالق ، طلقت لأنه كلمها باليمين الثانية ، وإن أعاد اليمين الأولة طلقت لأنه كلمها وإن قال : إن كلمتك فأنت طالق فاعلمى ذلك طلقت لأنه كلمها بقوله : فاعلمى ذلك . ومن أصحابنا من قال : إن وصله باليمين لم تطلق ، لأنه من صلة الأول والأول أصح .

(فرع) وإن قال لها : أنت طالق إن كلمت زيداً وعمراً وبكر مع خالد — برفع بكر — فكلمت زيداً وعمراً طلقت ، لأن اليمين على كلامهما وقد وجد وقوله : وبكر مع خالد لا يتعلق باليمين . لأنه ليس بمعطوف على الاولين . قال ابن الصباغ : وهـذا فيه نظر ، لأن ذلك يقتضى أن يكون لزيد وعمرو فى حال كون بكر مع خالد مثل قوله تعالى « ثم أنزل عليكم من بعد الغم أمنة نعاساً يغشى طائفة منكم ، وطائفة قد أهمتهم أنفسهم » فكانت هـذه الجملة حالا من الأولة . كذلك ههنا . فإن كلمت زيداً أو عمراً لم تطلق لأن صفة الطلاق كلامهما ، وإن قال لها : أنت طالق ان كلمت زيداً وعمراً وخالدا فكلمت بعضهم لم تطلق . وإن قال أنت طالق ان كلمت زيداً ولا عمراً ولا خالدا ، فكلمت واحداً منهم طلقت وإن قال لها : إن كلمت زيداً الى أن يقدم عمرو أو حتى يقدم عمرو فأنت طالق فإن كلمت زيداً قبل قدوم عمرو طلقت ، وان كلمته بعد قدوم عمرو لم تطلق لأن حتى وإلى للغاية ، والغاية ترجع الى الكلام لا إلى الطلاق فتصير كقوله أنت طالق ان كلمت زيداً الى أن يشاء عمرو وحتى يشاء عمرو

(فرع) وان قال : إن رأيت فلاناً فأنت طالق فرأته حياً أو ميتا طلقت ، لأن رؤيته حاصلة وان كان ميتاً .

قال ابن الصباغ : وان رأته مكرهة فهل تطلق ؟ فيه قولان على ما ذكرناه فى القدوم ، وإن رأته فى مرآة أو رأت ظله فى الماء لم تطلق لأنها ما رأته ، وإنما رأت خياله . وان رأته من وراء زجاج شفاف طلقت لأنها رأته حقيقة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصـل ﴾ وإن كانت فى ماء جار فقال لها ان خرجت منه فأنت طالق ، وان وقفت فيه فأنت طالق لم تطلق خرجت أو وقفت لان الذى كانت فيه من الماء مضى بجريانه فلم تخرج منه ولم تقف فيه ، وان كان فى فيها تمرة فقال : ان أكلتها فأنت طالق ، وان رميتها فأنت طالق ، وان أمسكتها فأنت طالق ، فأكلت نصفها لم تطلق ، لانها ما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها .

وإن كانت معه تمرة فقال : ان أكلتها فأنت طالق ، فرماها الى تمر كثير فأكل جميعه وبقى تمرة لا يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها ، لم تطلق لجواز أن تكون هى المحلوف عليها فلم تطلق بالشك . وإن أكل تمرا كثيرا فقال لها : ان لم تخبرينى بعدد ما أكلت فأنت طالق ، فعدت من واحد الى عدد يعلم أن المأكول دخل فيه لم تطلق لانها أخبرته بعـدد ما أكل ، وان أكلا تمرا واختلط النوى فقال : ان لم تميزى نوى ما أكلت من نوى ما أكلتُ فأنت طالق ، فأفردت كل نواة لم تطلق لانها ميزت .

وان اتهمها بسرقة شىء فقال أنت طالق ان لم تصـدقينى أنك سرقت أم لا ؟ فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق ، لانها صدقته فى أحد الخبرين ، وان قال : ان سرقت منى شيئا فأنت طالق وسلم اليها كيسا فأخذت منه شيئا لم تطلق لان ذلك ليس بسرقة وانما هو خيانة

﴿ فصل ﴾ وان قال : من بشرتنى بقدوم زيد فهى طالق ؛ فأخبرته امرأته بقدوم زيد وهى صادقة ، طلقت لانها بشرته . وان كانت كاذبة لم تطلق ، لأن البشارة ما بشر به الانسان ولا سرور فى الكذب . وان أخبرتاه بقدومه واحدة بعد واحدة وهما صادقتان طلقت الاولى دون الثانية ، لان المبشرة هى الاولى وان أخبرتاه معاً طلقتا لاشتراكهما فى البشارة

وان قال : من أخبرتنى بقدوم زيد فهى طالق ، فأخبرته امرأته بقدوم زيد طلقت ، صادقة كانت أو كاذبة ، لان الخبر يوجد مع الصـدق والكذب ، فإن أخبرته احداهما بعد الاخرى أو أخبرتاه معاً طلقتا لان الخبر وجد منهما

(الشرح) إذا كانت فى ماء جار فقال لها : إن أقمت فى هذا الماء فأنت طالق وان خرجت منه فأنت طالق ، فأكثر أصحابنا قالوا لا تطلق ، سواء أقامت فيه أو خرجت منه ، لأن الإشارة وقعت إلى الماء الذى هى فيه ، فإذا ذهب وجاء غيره فلم تقم فى الماء الذى تناولته اليمين ولم تخرج منه .

وقال القفال : عندى أنها على قولين كما لو قال لها : ان لم تشربى من هذا الكوب اليوم فأنت طالق ، فانصب ذلك أو كسر الكوب فهل تطلق ؟ على قولين فقال أبو على الشيخى : وهذا يشبه هذا ، إلا أن الشرب قد فات من كل جهة . والمقام فى ذلك الماء لم يفت بالجريان ، لأنها لو جرت فى ذلك الماء بجريان الماء لكان يحنث يمكنها حتى جاوزها ذلك الماء . ألا ترى أنه لو حول ذلك الماء فى الكوب الى دار بحيث يمكنها الذهاب اليه للشرب فى هذا اليوم فلم يفعل تعلقت به اليمين ، لأن الماء قائم يمكنها شربه

ولو قال لها : إن لم تخرجى من هذا النهر الآن فأنت طالق فلم تخرج طلقت . لأن النهر اسم المكان الذى فيه الماء والخروج منه ممكن ، وان كانت فى راكد فقال لها إن قمت فى هذا الماء فأنت طالق وان خرجت منه فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تحمل منه مكرهة عقيب يمينه ، وان كانت على سلم فقال لها إن صعدته فأنت طالق ، وان نزلت منه فأنت طالق ، وان أقمت عليه فأنت طالق . فالخلاص منه أن تتحول الى سلم آخر أو تنزل منه مكرهة

(فرع) وان كان فى فيها تمرة وقال لها ان أكلتها فأنت طالق ، وان رميتها فأنت طالق ، وان أمسكتها فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تأكل بعضها . لأنها اذا فعلت ذلك فما أكلتها ولا رمتها ولا أمسكتها .

وان قال لها : ان أكلتها فأنت طالق ، وان لم تأكليها فأنت طالق - فحكى ابن الصباغ أن الشيخ أبا حامد قال : اذا أكلت بعضها لم تطلق : قال ابن الصباغ وهذا ليس بصحيح ، لأنها اذا أكلت بعضها فما أكلتها فيجب أن يحنث والذى قاله ابن الصباغ انما يتصور الحنث فى عدم أكلها

وان ماتت المرأة أو تلف باقى التمرة قبل موتها ، فأما قبل ذلك فلا يتصور الحنث فى عدم أكلها

قال العمرانى : والذى رأيته فى التعليق عن الشيخ أبى حامد : اذا قال اذا أكلتها فأنت طالق وان أخرجتها فأنت طالق ، اذا أكلت بعضها لم يحنث ، لأنها لم تأكلها ولم تخرجها .

وان قال : إن أكلت هذه التمرة فأنت طالق فرماها فى تمر كثير واختلطت ولم تتميز وأكل الجميع الا تمرة واحدة ، ولم يعلم أنها المحلوف عليها أو غيرها لم تطلق لجواز أن يكون هى المحلوف عليها ، والاصل بقاء النكاح وعدم وقوع الطلاق .

(فرع) وان أكلت تمرا كثيرا وقال : ان لم تخبرينى بعدد ما أكلت فأنت طالق ، أو قال ان لم تخبرينى بعدد هذه الرمانة قبل كسرها فأنت طالق ، فالخلاص من الحنث أن تقول فى الاولى أكلت واحدة أكلت اثنتين أكلت ثلاثا ، فلا تزال تعدد واحدة بعد واحدة حتى يتيقن أن عدد الذى أكلته قد دخل فيما أخبرت به . وكذلك تقول عدد حب هذه الرمانة واحدة اثنتين فتعد واحدة واحدة حتى يعلم ان عدد حبها قد دخل فيما أخبرت به

وان أكلا تمرا واختلط النوى فقال : ان لم تميزى نوى ما أكلت أو ما أكل كل واحد منا فأنت طالق ، فيزت كل نواة لم تطلق لأنها ميزت — وان اتهمها بسرقة شىء فقال لها أنت طالق ان لم تصدقينى أنك سرقت ، فقالت سرقت وما سرقت لم تطلق لأنها صدقته فى أحد الخبرين

وان قال لها : ان سرقت منى شيئا فأنت طالق ، فسلم اليها دراهم أو غيرها فأخذت من ذلك شيئا لم تطلق ، لان ذلك ليس بسرقة بدليل أن ليس فى مثل ذلك قطع على ما سنوضحه فى الجنايات ان شاء الله

(مسألة) قوله : وان قال من بشرتنى بقدوم زيد الخ ، لجملة ذلك أنه اذا كان له زوجات فقال لهن : من بشرتنى بقدوم زيد فهى طالق ، فقالت له واحدة قد قدم وكانت صادقة ، طلقت لوجود الصفة ، فإن أخبرته الثانية بقدومه لم تطلق لان البشارة ما دخل بها السرور — وقد حصل ذلك بقول الاولة — وان كانت الاولة كاذبة لم تطلق لأنه لا بشارة فى الكذب

وان قال لهن : من أخبرتنى بقدوم زيد فهى طالق ، فقالت له واحدة منهن قد قدم ، طلقت ، صادقة كانت أم كاذبة ، لأن الخبر دخله الصدق أو الكذب .

فإن أخبرته بقدومه بعـدها ثانية وثالثة ورابعة طلقن ، لأنه علق الطلاق بإخبارهن إياه بقدوم زيد ، والخبر قد يتكرر منهن فوقع الطلاق به . هـذا نقل البغداديين والشيخ أبي حامد

وقال المسعودى : إذا قال أيتـكن أخبرتنى بأن زيداً قد قدم فهى طـالق ، فأخبرته واحدة منهن ولم يكن قادما لم تطلق . وان قال أيتـكن أخبرتنى بقـدوم زيد فهى طالق ، فأخبرته واحدة منهن بقدومه طلقت وإن لم يك قادما؛ لأنه علق الطلاق بالإخبار وقد وجد . وإن قال أيتـكن بشرتنى بقـدوم زيد فهى طالق ، ففيه وجهان (أحـدهما) انه كالإخبار على ما ذكره المسعودى (والثانى) أنه كما ذكره البغداديون .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن قال أنت طالق إن شئت ، فقالت فى الحال شئت طلقت . وان قالت شئت ان شئت ، فقال شئت لم تطلق ، لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها مشيئة الطلاق ، وانما وجـد منها تعليق مشيئتها بمشيئته فلم يقع الطلاق ، كما لو قالت شئت إذا طلعت الشمس .

وإن قال أنت طالق ان شاء زيد فقال زيد شئت طلقت ، وان لم يشأ زيد لم تطلق ، وان شاء وهو مجنون لم تطلق لأنه لا مشيئة له ، وان شاء وهو سكران فعلى ماذكرناه من طلاقه . وإن شاء وهو صبى ، ففيه وجهان (أحـدهما) تطلق لأن له مشيئة ، ولهذا يرجع الى مشيئته فى اختيار أحد الابوين فى الحضانة . (والثـانى) لا تطلق معه لأنه لا حكم لمشيئته فى التصرفات ، وان كان أخرس فأشار إلى المشيئة وقع الطلاق كما يقع طلاقه إذا أشار الى الطلاق ، وان كان ناطقا فخرس فأشار ففيه وجهان :

(أحـدهما) لا يقع ، وهو اختيار الشيخ أبى حامد الاسفراينى رحمه الله ، لأن مشيئته عند الطلاق كانت بالنطق

(والثانى) أنه يقع وهو الصحيح لأنه فى حال بيان المشيئة من أهل الاشارة والاعتبار بحال البيان لا بما تقـدم ولهذا لو كان عند الطلاق أخرس ثم صـار

ناطقاً كانت مشيئته بالنطق . وان قال أنت طالق إن شاء الحمار فهو كما لو قال أنت طالق ان طرت أو صعدت الى السماء وقد بيناه .

وإن قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان طلقت فى الحال ، لأن معناه أنت طالق ليرضى فلان ، كما يقول لعبده: أنت حر لوجه الله أو لمرضاة الله . وان قال أنت طالق لرضى فلان ، ثم قال أردت ان رضى فلان على سبيل الشرط دين فيما بينه وبين الله عز وجل لأنه يحتمل ما يدعيه ، وهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقبل ، لأن ظاهر اللفظ يقتضى انجاز الطلاق فلم يقبل قوله فى تأخيره كما لو قال أنت طالق وادعى أنه أراد ان دخلت الدار (والثانى) أنه يقبل لأن اللفظ يصلح للتعليل والشرط ، فقبل قوله فى الجميع

(الشرح) وان قال لها أنت طالق إن شئت — فإن قالت فى الحال شئت وكانت صادقة وقع الطلاق ظاهرا وباطنا لوجود الصفة ، وان كانت كاذبة وقع الطلاق فى الظاهر ، وهل يقع فى الباطن؟ فيه وجهان ، أحدهما لا يقع لأن قولها شئت إخبار عن مشيئتها بقلبها واختيارها للطلاق ، فإذا لم تشأ ذلك بقلبها لم يقع فى الباطن .

(والثانى) يقع فى الباطن لأن الصفة قولها شئت وقد وجدت فوقع الطلاق ظاهراً وباطنا كما لو علق الطلاق على دخولها الدار فدخلت

وإن قالت شئتُ ان شئتَ لم يقع الطلاق سواء شاء الزوج أو لم يشأ لأنه علق الطلاق على مشيئتها ولم توجد منها المشيئة ، وانما وجد منها تعليق المشيئة بمشيئته ، فهو كما لو قالت شئت اذا طلعت الشمس

(فرع) وان قال أنت طالق ان شاء زيد ، فإن قال زيد على الفور شئت وقع الطلاق ، وان لم يشأ على الفور لم يقع الطلاق . وان قال : أنت طالق ان شئت وزيد ، فإن قالا فى الحال شئنا وقع الطلاق . وان شاء أحدهما دون الآخر لم تطلق لانه علق الطلاق بمشيئتهما . وذلك لا يوجد بمشيئة أحدهما . وان قالت شئت ان شاء زيد ، فقال زيد شئت لم تطلق لأنها لم يوجد منها المشيئة ؛ وانما وجد منها تعليق المشيئة .

(فرع) وان علق الطلاق على مشيئتها فشاءت وهي مجنونة لم تطلق لأن المجنونة لا مشيئة لها ، وان شاءت وهي سكرى فهي كما لو طلق السكران ، وان شاءت وهي صغيرة ففيه وجهان . قال ابن الحداد لا تطلق ، لأن ذلك خبر عن مشيئتها واختيارها للطلاق والصغيرة لا يقبل خبرها (والثانى) تطلق ؛ لأن الصفة قولها شئت وقد وجد ذلك منها ، فهو كما لو علق الطلاق على دخولها الدار فدخلت ولأن لها مشيئة ، ولهذا يرجع الى اختيارها لأحد الأبوين

وان كانت خرساء فأشارت الى المشيئة وقع الطلاق ، كما اذا أشار الاخرس الى الطلاق . وان كانت ناطقة فخرست فأشارت ففيه وجهان (أحدهما) لا يقع الطلاق ، لأن مشيئتها كانت بالنطق (والثانى) يقع اعتباراً بحالها وقت المشيئة .

وان قال أنت طالق ان شاء الحمار فهو كما لو قال أنت طالق ان طرت أو صعدت وقد مضى تخريجنا لقولى الإمام الشافعي والربيع

* * *

(فرع) وان قال أنت طالق ان كنت تحبيننى ، أو ان كنت تبغضيننى ، أو ان كنت معتقدة لكذا أو محبة لكذا ، رجع فى ذلك اليها لأنه لا يعلم الا من جهتها قال الصيمرى: وان قال لغريمه امرأتى طالق ان لم أجرك على الشوك ، ولا نية له فقد قيل : اذا ماطله مطالا بعد مطال بر فى يمينه

وان قال أنت طالق لفلان أو لرضى فلان ولا نية له طلقت فى الحال ، لأن معناه لأجل فلان ، ولكى يرضى فلان ، فصار كقوله لعبده : أنت حر لله ، أو لرضى الله ، هكذا أفاده العمرانى

وان قال أردت أن رضى فلان شرط فى وقوع الطلاق ، فهل يقبل فى الحكم ؟ فيه وجهان (أحدهما) لا يقبل لأنه يعدل بالكلام عن ظاهره فلم يقبل ، كما لو قال أنت طالق ثم قال أردت اذا دخلت الدار ، فعلى هذا يدين فيما بينه وبين الله تعالى لأنه يحتمل ما يدعيه .

(والثانى) يقبل فى الحكم ، لأن قوله أو لرضى فلان يحتمل التعليل والشرط فإذا أخبر انه أراد أحدهما قبل منه ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصـل ﴾ وان قال : ان كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق ، طلقت بكل واحـدة من الصفتين ، وان قال ان كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق لم تطلق الا بوجودهما ، سواء قدم الكلام أو الدخول ؛ لأن الواو تقتضى الجمـــع دون الترتيب . وان قال : ان كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق ، لم تطلق الا بوجود الكلام والدخول . والتقديم للكلام على الدخول ، لأن الفاء فى العطف للترتيب فيصير كما لو قال : ان كلمتك ثم دخلت دارك فأنت طالق : وان قال : ان كلمتك وان دخلت دارك فأنت طالق طلقت بوجود كل واحـدة منهما طلقة ، لأنه كرر حرف الشرط فوجب لكل واحدة منهما جزاء

وان قال لزوجتين ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان ، فدخلت احداهما احدى الدارين ودخلت الثانية الدار الاخرى ففيه وجهـان (أحدهما) تطلقان لأن دخول الدارين وجد منهما (والثانى) لا تطلقان وهو الصحيح : لأنه علق طلاقه بدخول الدارين فلا تطلق واحدة منهما بدخول احـدى الدارين . كما لو علق طلاق كل واحدة منهما بدخول الدارين بلفظ مفرد . وان قال : ان أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان ، فأكلت كل واحـدة منهما رغيفاً فعلى الوجهين

﴿ فصـــل ﴾ وان قال أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب ، ويسميـه أهل النحو اعتراض الشرط على الشرط ، فان لبست ثم ركبت طلقت ، وان ركبت ثم لبست لم تطلق لأنه جعل اللبس شرطا فى الركوب فوجب تقديمـه .

وان قال أنت طالق اذا قمت اذا قعدت لم تطلق حتى يوجد القيام والقعود ، ويتقدم القعود على القيام لانه جعل القعود شرطا فى القيام . وان قال ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتنى فأنت طالق لم تطلق حتى يوجد السؤال ثم الوعد ثم العطيه لأنه شرط فى العطيه الوعد ، وشرط فى الوعد السؤال ، وكان معناه ان سألتنى شيئا فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق . وان قال ان سألتنى ان أعطيتك ان وعدتك

فأنت طالق لم تطلق حتى تسأل ثم يعــ دها ثم يعطيها ، لأن معناه إن سألتني فأعطيتك إن وعدتك فأنت طالق

(فصل) وإن قال أنت طالق أن دخلت الدار ، بفتح الألف أو أنت طالق أن شاء الله بفتح الألف ، وهو ممن يعرف النحو طلقت في الحال ، لأن معناه أنت طالق لدخولك الدار أو لمشيئة الله عز وجل طلاقك . وان قال أنت طالق اذ دخلت الدار ، وهو ممن يعرف النحو طلقت في الحال لأن اذ لما مضى .

(الشرح) إن قال لها : إن كلمتك أو دخلت دارك فأنت طالق ، فإن كلمها أو دخل دارها طلقت ، وان قال ان كلمتك ودخلت دارك فأنت طالق لم تطلق إلا بالدخول والكلام ، سواء تقـدم الدخول أو الكلام ، لأن الواو تقتضي الجمع دون الترتيب .

وان قال : ان كلمتك فدخلت دارك فأنت طالق لم تطلق حتى يكلمها ويدخل دارها ، ويكون دخوله الدار عقيب كلامها . لأن حكم الفاء في العطف الترتيب والتعقيب . وإن قال لها أنت طالق ان كلمتك ثم دخلت دارك لم تطلق حتى يكلمها ويدخل دارها بعد كلامها بمـدة ، سواء طالت المدة أو لم تطل ، لأن ثم تقتضي الترتيب والمهلة . وان قال : ان كلمتك وان دخلت دارك فأنت طالق طلقت بكل واحد منهما طلقة ، لأنه كرر حرف الشرط فكان لكل واحد منهما جزاؤه

(فرع) وان قال لامرأتين له ان دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان ، فإن دخلت كل واحدة منهما الدار طلقتا ، وان دخلت احداهما احـــ دى الدارين والاخرى الدار الأخرى ففيه وجهان (أحدهما) يطلقان لأنهما دخلتا الدارين (والثاني) لا تطلق واحـدة منهما لأنه يقتضي دخول كل واحـدة منهما الدارين . وان قال لهما : أنتما طالقتان ان ركبتما هاتين السيـارتين فركبت كل واحدة منهما سيارة ، فعلى الوجهين في الاولة .

وان قال : ان أكلتما هذين الرغيفين فأنتما طالقان ، فأكلت كل واحدة منهما رغيفا . قال الشيخ أبو اسحاق : فيه وجهان كالدارين قال ابن الصباغ : وينبغي أن يقع الطلاق ههنا وجها واحدا ، لأن اليمين لا تنعقد على أن تأكل كل واحدة

منهما الرغيفين بخلاف دخول الدارين . وان قال لها أنت طالق ان أكلت هذا الرغيف وأنت طالق ان أكلت نصفه ، وأنت طالق ان أكلت ربعه . فإن أكلت جميع الرغيف طلقت ثلاثاً .

قال الصيمري وان أكلت نصفه طلقت ثلاثا ، ولم يذكر وجهه ، فيحتمل أنه أراد لأنه وجد بأكل نصفه ثلاث صفات : أكل نصفه وأكل ربعه وأكل ثلثه . الا أن حرف « ان » لا يقتضى التكرار ؛ ألا ترى أنه لو قال : أنت طالق ان أكلت ربعه فأكلت نصفه لم تطلق الا واحدة، فينبغي أن لا تطلق الا طلقتين لأنه وجد صفتان ، وهو أكل ربعه وأكل نصفه

(فرع) قال ابن الصباغ : اذا قال ان دخلت الدار وان دخلت هذه الاخرى فأنت طالق لم تطلق الا بدخولهما ، لأنه علق الطلاق بدخولهما . وان قال أنت طالق ان دخلت هذه الدار وان دخلت الاخرى طلقت بدخول كل واحدة منهما ويفارق الاولى . لأنه جعل جواباً لدخولهما .

(مسألة) قوله : وان قال أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق الا باللبس والركوب الخ ، فمثاله اذا قال : أنت طالق ان كلمت زيدا ان كلمت عمرا ان ضربت بكرا . لم تطلق حتى تضرب بكرا أولا . ثم تكلم عمرا ثم تكلم زيدا ؛ لأن الشرط دخل على الشرط فتعلق الأول بالثاني . كقوله تعالى « ولا ينفعكم نصحي ان أردت أن أنصح لكم ان كان الله يريد أن يغويكم » وتقديره ان كان الله يريد أن يغويكم فلا ينفعكم نصحي ان أردت أن أنصح لكم .

وان قال : ان أكلت ان دخلت الدار فأنت طالق . أو أنت طالق ان أكلت متى دخلت الدار أو متى أكلت متى دخلت الدار لم تطلق حتى تدخل الدار أولا ثم تأكل لما ذكرناه ، فكذلك اذا قال لها أنت طالق ان ركبت ان لبست لم تطلق حتى تلبس ثم تركب .

وان قال أنت طالق اذا قمت اذا قعدت لم تطلق حتى تقعد أولا ثم تقوم .

وان قال : أنت طالق ان أعطيتك ان وعدتك ان سألتني لم تطلق حتى تسأله ثم يعدها ثم يعطيها ، ويسميه النحويون اعتراض الشرط على الشرط فيقتضي تقديم المتأخر وتأخير المتقدم لأنه جعل الثاني في اللفظ شرطا للذي قبله .

(مسـألة) قوله : وان قال أنت طالق أن دخلت الدار الخ الجملة ذلك أن الذى ذكره الشيخ أبو حامد أنه إن لم يكن الحالف من أهل الاعراب كان ذلك بمنزلة قوله : إن بكسر الهمزة ، وان كان من أهل الإعراب وقع الطلاق فى الحال لأن أن المفتوحة ليست للشرط ، وإنما هى للتعليل ، كأنه قال : أنت طالق لأنك دخلت الدار أو لأنك كلمتنى إذا قال أنت طالق أن كلمتنى . وقد جاءت أن للتعليل فى القرآن فى مواضع كثيرة منها على سـبيل المثال قوله تعالى « يمنون عليك أن أسلموا » « وتخر الجبال هداً أن دعوا للرحمن ولدا » « وتخرجون الرسول وإياكم أن تؤمنوا بالله ربكم »

وقال القاضى أبو الطيب : يقع الطلاق فى الحال إلا إن كان الحالف من غير أهل الاعراب وقال : أردت به الشرط فيقبـل ، لأن الظاهر أنه إذا لم يكن من أهل الاعراب أنه لا يفرق بين المفتوحة والمـكسورة . قال ابن الصباغ : وهـذا أولى ، لأنه قبل أن يتبين لنا مراده يجب حمل اللفظة على مقتضاه فى اللغة ، فلا يكون عدم معرفته بالكلام بصارف عما يقتضيه بغير قصده . والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن قال إن دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء لم تطلق حتى تدخل الدار لأن الشرط ثبت بقوله : إن دخلت الدار . ولهذا لو قال أنت طالق إن دخلت الدار ثبت الشرط : وان لم يأت بالفاء .

وان قال : ان دخلت الدار فأنت طالق . وقال أردت ايقاع الطلاق فى الحال قبل من غير يمين لأنه اقرار على نفسه . وان قال أردت أن أجعل دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق آخر ثم سكت عن الجزاء قُبل قوله مع اليمين ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

وان قال أردت الشرط والجزاء وأقمت الواو مقام الفاء قُبل قوله مع اليمين لأنه يحتمل ما يدعيه وان قال : وان دخلت الدار وأنت طالق . وقال أردت به الطلاق فى الحال قبل قوله من غير يمين لأنه اقرار بالطلاق . وان قال أردت تعليق الطلاق بدخول الدار قبل قوله مع يمينه ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

(فصل) اذا قال لزوجته وأجنبية احداكما طالق : ثم قال أردت به الاجنبية قُبل قوله مع اليمين ، وان كانت له زوجة اسمها زينب وجارة اسمها زينب ، فقال زينب طالق ، وقال أردت بها الجارة لم يقبل ، والفرق بينهما أن قوله احداكما طالق صريح فيهما ، وانما يحمل على زوجته بدليل ، وهو أنه لا يطلق غير زوجته فإذا صرفه الى الاجنبية فقد صرفه الى ما لا يقتضيه تصريحه فقبل منه ، وليس كذلك قوله زينب طالق ، لانه ليس بصريح فى واحدة منهما ، وانما يتناولهما من جهة الدليل وهو الاشتراك فى الاسم ، ثم يقابل هذا الدليل دليل آخر وهو أنه لا يطلق غير زوجته ، فصار اللفظ فى زوجته أظهر فلم يقبل خلافه .

(فصل) وان كانت له زوجتان اسم احداهما حفصه واسم الاخرى عمرة فقال يا حفصة فأجابته عمرة ، فقال لها أنت طالق ، ثم قال أردت طلاق حفصة وقع الطلاق على عمرة بالمخاطبة وعلى حفصة باعترافه بأنه أراد طلاقها . وان قال ظننتها حفصة فقلت أنت طالق طلقت عمرة ولم تطلق حفصه لأنه لم يخاطبها ولم يعترف بطلاقها ، وان رأى امرأة اسمها حفصة فقال : حفصة طالق ولم يشر الى التى رآها وقع الطلاق على زوجته حفصة ولم يقبل قوله لم أردها ، لأن الظاهر أنه أراد طلاق زوجته ، ولم يعارض هذا الظاهر غيره

(الشرح) قال أبو العباس بن سريج : وان قال ان دخلت الدار أنت طالق (بحذف الفاء) لم تطلق حتى تدخل الدار . وقال محمد بن الحسن يقع الطلاق فى الحال . دليلنا أن الشرط يثبت بقوله ان دخلت الدار . ولهذا لو قال: أنت طالق ان دخلت الدار ثبت الشرط وان لم يأت بالفاء . .

وان قال . ان دخلت الدار وأنت طالق ، سئل فإن قال : أردت الطلاق فى الحال قبل قوله من غير يمين لأنه أقر بما هو أغلظ عليه . وان قال : أردت دخولها الدار وطلاقها شرطين لعتق أو طلاق غيرها . وهو أنى أردت ان أقول ان دخلت الدار وانت طالق فامرأتى الاخرى طالق او عبدى حر ، ثم سكتّ عن طلاق الاخرى وعن عتق العبد قبل قوله مع يمينه ، لانه يحتمل ما يدعيه .
وان قال : اردت ان اقول : ان دخلت الدار فأنت طالق وأقمت الواو مقام

القاف قبل قوله مع يمينه ، لأنه يحتمل ما يدعيه .

(مسألة) ان قال لامرأته وأجنبيه إحداكما طالق سئل عن ذلك . فإن قال أردت به الزوجة قبل . وان قال : أردت به الاجنبيه وقالت الزوجة بل أردتني فالقول قوله مع يمينه أنه ما أرادها وإنما أراد الاجنبية لأن الطلاق إنما يقع على امرأته بأن يشير اليها أو يصفها .

وقوله : إحداكما ، ليس بإشارة اليها ولا بصفة لها فلم يقع عليها الطلاق ، وان كانت له زوجة اسمها زينب وجارة اسمها زينب فقال زينب طالق ، وقال أردت الجارة . وقالت زوجته بل أردتني ، فهل يقبل قوله فى الحكم مع يمينه ؟ اختلف أصحابنا فيه ، فقال القاضى ابو الطيب : يقبل قوله مع يمينه ، كما لو قال لزوجته وأجنبية إحداكما طالق .

وقال أكثر أصحابنا : لا يقبل لأن هذا الاسم يتناول زوجته وجارته تناولا واحداً ، فإذا أوقع الطلاق على من هذا اسمها كان منصرفا فى الظاهر الى زوجته وخالف قوله إحداكما لأنه لا يتناول زوجته والاجنبية تناولا واحداً ، وانما يتناول إحداهما دون الاخرى ، فإذا أخبر انه أراد به الاجنبية دون زوجته قبل منه لأن دعواه لا تخالف الظاهر .

(مسألة) وان كان له زوجتان زينب وعمرة ، فقال يا زينب فأجابته عمرة فقال أنت طالق سئل عن ذلك فإن قال : علمت أن التى أجابتنى عمرة ، ولكنى لم أرد طلاقها وانما أردت طلاق زينب ، طلقت زينب ظاهراً وباطنا ، لانه اعترف انه طلقها . وطلقت عمرة فى الظاهر لأنه خاطبها بالطلاق ، فالظاهر انه أراد طلاقها ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لان ما قاله يحتمل ذلك . وان قال: ان التى أجابتنى عمرة بل ظننتها زينب وأنا طلقت ، قال الشيخ ابو حامد فالحكم فيها كالاولة وهو أن زينب تطلق ظاهرا وباطنا لاعترافه بذلك ، وتطلق عمرة فى الظاهر دون الباطن لانه واجهها بالخطاب بالطلاق

وان قال : طلقت التى أجابتنى ولكن ظننتها زينب طلقت عمرة ولم تطلق زينب لانه أشار الى عمرة ، وان ظنها زينب فهو كما لو قال لاجنبية أنت طالق وقال ظننتها زوجتى لم تطلق زوجته لان الطلاق انصرف بالاشارة الى التى أشار

اليها دون التي ظنها . وإن قال أردت عمرة وإنما ناديت زينب لآمرها بحاجة طلقت عمرة لأنه خاطبها ولا تطلق زينب لأن النداء لا يدل على الطلاق . وان قال يازينب أنت طالق وأشار الى عمرة سئل عن ذلك ؛ فإن قال قد علمت أن التي أشرت اليها عمرة ، ولكني لم أردها بالطلاق وانما أردت طلاق زينب طلقت زينب ظاهراً وباطناً لاعترافه بذلك . وطلقت عمرة في الظاهر لإشارته بالطلاق اليها ، ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، لأن الحال يحتمل ما يدعيه . وإن قال لم أعلم أن هذه التي أشرت اليها عمرة بل ظننتها زينب ، ولم أرد بالطلاق إلا هذه التي أشرت اليها طلقت عمرة ولا تطلق زينب لأنه قد أشار بالطلاق اليها ولم يرد به غيرها ؛ واعتقاده أن هذه المشار اليها زينب لا يضر ، كما لو قال لأجنبية أنت طالق وقال ظننتها زوجتي ، فان زوجته لا تطلق

(فرع) وإن كان له زوجتان زينب وعمرة ، فقال كلما ولدت إحداكما ولداً فأنتما طالقان ، فولدت زينب يوم الخميس ولدا ثم ولدت عمرة يوم الجمعة وقع على كل واحدة منهما طلقة ثانية ، فلما ولدت زينب يوم السبت وقع على عمرة طلقة ثالثة ، ولم يقع على زينب بذلك طلاق لأن عدتها انقضت بوضعه إلا على الحكاية التي حكاها ابن خيران ، فلما ولدت عمرة يوم الأحد انقضت عدتها به .

قال المصنف رحمه الله :

(فصل) إذا قال لامرأته : إذا وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم قال لها أنت طالق ، فقد اختلف أصحابنا فيه ، فمنهم من قال يقع عليها طلقة بقوله أنت طالق ولا يقع من الثلاث قبلها شيء ، كما إذا قال لها : إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم ارتدت انفسخ نكاحها ولم يقع من الثلاث شيء ومنهم من قال يقع بقوله : أنت طالق طلقة وطلقتان من الثلاث وهو قول أبي عبدالله الختن لأنه يقع بقوله أنت طالق طلقة ويقع ما بقي بالشرط وهو طلقتان ومنهم من قال لا يقع عليها بعد هذا القول طلاق ، وهو قول أبي العباس بن سريج وأبي بكر بن الحداد المصري والشيخ أبي حامد الاسفرايني والقاضي أبي الطيب الطبري . وهو الصحيح عندي

والدليل عليه أن إيقاع الطلاق يؤدى إلى إسقاطه ، لأنا إذا أوقعنا عليها طلقة لزمنا أن نوقع عليها قبلها ثلاثاً بحكم الشرط . وإذا وقع قبلها الثلاث لم تقع الطلقه وما أدى ثبوته الى نفيه سقط . ولهذا قال الشافعى رحمه الله فيمن زوّج عبده بحرة بألف درهم وضمن صداقها ؛ ثم باع العبد منها بتلك الألف قبل الدخول أن البيع لا يصح لأن صحته تؤدى إلى إبطاله ، فإنه إذا صح البيع انفسخ النكاح بملك الزوج ، وإذا انفسخ النكاح سقط المهر ، لأن الفسخ من جهتها ، وإذا سقط المهر سقط الثمن ، لأن الثمن هو المهر ، وإذا سقط الثمن بطل البيع . فأبطل البيع حين أدى تصحيحه إلى إبطاله فكذلك ههنا . ويخالف الفسخ بالردة فإن الفسخ لا يقع بإيقاعه وإنما تقع الردة والفسخ من موجباتها . والطلاق الثلاث لا ينافى الردة ، فصحت الردة وثبت موجبها وهو الفسخ ، والطلاق يقع بإيقاعه ، والثلاث قبله تنافيه فمنع صحته فعلى هذا إن حلف على امرأته بالطلاق الثلاث أنه لا يفعل شيئا وأراد أن يفعله ولا يحنث فقال: إذا وقع على امرأتى طلاقى فهى طالق قبله ثلاثاً ففيه وجهان (أحدهما) يحنث إذا فعل المحلوف عليه لأن عقد اليمين صح فلا يملك رفعه (والثانى) لا يحنث ، لأنه يجوز أن يعلق الطلاق على صفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى . والدليل عليه أنه إذا قال: إذا دخل رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً صحت هذه الصفة ثم يملك إسقاطها بأن يقول أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم

(الشرح) إذا قال لامرأته : متى وقع عليك طلاقى أو اذا وقع عليك طلاقى فأنت طالق قبله ثلاثاً ، ثم قال لها : أنت طالق ، فقد اختلف أصحابنا فيه : فمنهم من قال : يقع عليها الطلاق الذى باشر ايقاعه ، وحكاه القاضى أبو الطيب عن أبى العباس بن سريج ، وحكاه العمرانى عن ابن القاص [1] وقال : هو اختيار

---

(١) غلط ابن قدامة فى المغنى من أمهات كتب الحنابلة فى ذكره خلافاً بين ابن القاص وابن سريج من أصحابنا حيث قال الأول بوقوع الطلقه المباشرة وعدم وقوع الطلاق المعلق فى زمن قبله . وقال الثانى لا يقع طلاق مطلقا ، لأن وقوع الواحدة تقتضى وقوع الثلاث قبلها وذلك يمنع وقوعها فإثباتها يؤدى الى نفيها فلا تثبت . اه الجزء السابع ص ٢٦٨ مطبعة الامام ، والصواب ما ذكرناه محصا عن أصحابنا هنا والله تعالى اعلم .

ابن الصباغ ، لأنه زوج مكلف أوقع الطلاق مختارا فوجب أن يقع ، ولا يقع الثلاث قبله ، لأن وقوعها يوجب ارتفاع الطلاق المباشر ، ولا يصح رفع طلاق واقع ، ولأنه لو قال لها : إذا انفسخ نكاحك فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم ارتد أو أحدهما أو اشتراها لوقع الفسخ ولم تطلق الثلاث قبله كذلك هذا مثله . وقال أبو عبد الله الختن الاسماعيلي : يقع الطلقة التى باشر إيقاعها ، ويقع تمام الثلاث من الثلاث المعلقة بالصفة ، وبه قال أصحاب أبى حنيفة

وقال أكثر أصحابنا : لا يقع عليها الطلاق المباشر ولا الطلاق بالصفة ، بل هذا حيلة لمن أراد أن لا يقع على امرأته بعد ذلك الطلاق . وبه قال المزنى والشيخان أبو حامد وأبو إسحاق والقفال وابن الحداد ، والقاضى أبو الطيب والمحاملى والصيدلانى وهو ما صححه وأخذ به المصنف وتابعه العمرانى فى البيان قالوا لأنه لو وقع الطلاق الذى باشر إيقاعه لوقع قبله الثلاث بالصفة ، ولو وقع الثلاث قبله لم يقع الطلاق المباشر وما أدى إثباته إلى إسقاطه سقط قياساً على ما قال الشافعى رضى الله عنه فيمن زوج عبده بحرة بألف فى الذمة وضمنها السيد عنه ، ثم باع السيد منها زوجها بالألف قبل الدخول أن البيع لا يصح : لأن إثبات البيع يؤدى إلى إسقاطه فسقط اثباته ، لأنها إذا ملكت بفسخ النكاح واذا انفسخ النكاح سقط المهر ، لأن الفسخ من جهتها . وإذا سقط المهر سقط الثمن . واذا سقط الثمن بطل البيع .

وأما الجواب عما ذكره الأول فينتقض بالثلاث المعلقة بالصفة . فإنه قد أوقعها وهو زوج مكلف مختار

وأما الفسخ فإنما وقع لأن اثباته لا يؤدى الى اسقاطه بخلاف الطلاق .
اذا ثبت هذا فقد ذكر أصحابنا فى طلاق التنافى مسائل إحداهن المسألة التى مضت والثانية ذكرها المزنى فى المنثور ، اذا قال لها : اذا طلقتك طلاقا أملك به عليك الرجعة فأنت طالق قبله ثلاثاً ، فإن طلق المدخول بها طلقة أو طلقتين بغير عوض لم يقع عليها طلاق ، لأنه لو وقع عليها ذلك الملك عليها الرجعة ، ولو ملك عليها الرجعة لوقع الثلاث قبله ، ولو وقع الثلاث قبله لم يقع ما بعده وان أوقع عليها الثلاث أو ما دون الثلاث بعوض ، أو كانت غير مدخول بها وقع عليها الطلاق

المباشر لأنه لا يملك به الرجعة عليها فلا توجد صفة الثلاث قبله . الثالثة : إذا قال لها : إذا طلقتك ثلاثاً فأنت طالق قبله ثلاثا ، فإن طلقها ثلاثا ان طلقتك غداً ، فإن طلقها غدا لم يقع عليها طلاق ، وإن طلقها بعد غد وقع عليها ما أوقعه الرابعة : إذا قال لغير المدخول بها أنت طالق طلقة قبلها طلقه فهل يقع عليها طلقه فيه وجهان لما ذكرناه . الخامسة : رجل قال لامرأته : ان لم أحج فى هذه السنة فأنت طالق ثلاثا . ثم قال لها قبل أن يحنث : إن حنثت فى هذه اليمين فأنت طالق ثلاثاً قبل حنثى .

قال القاضى أبو الطيب : وهذه تعرف بالعمانية ثم أثيرت فى بغداد ، واختلف فيها القائلون بأن طلاق التنافى لا يقع ، فمنهم من قال : لا تنحل اليمين الأولة . فإن لم يحج فى سنته طلقت ، لأن عقد اليمين قد صح فلم يرتفع . ومنهم من قال تنحل اليمين الاولة

قال القاضى أبو الطيب : وأجبت بذلك وبه عمل ، لأنه يعد هذا القول كقوله قبله ، فلو وقع الطلاق بالحنث لوقع الثلاث قبلها ، ولو وقع الثلاث قبلها لم يقع الطلاق بالحنث ، والقول الأول أن عقد اليمين لم يرتفع لا يصح لأنه يجوز أن يعلق الطلاق بصفة ثم يسقط حكمه بصفة أخرى بأن يقول : إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثا، ثم يقول أنت طالق طلقه .

السادسة : إذا قال لزوجته متى دخلت جاريتى الدار وأنت زوجتى فهى حرة ومتى عتقت فأنت طالق ثلاثاً قبل عتقها بثلاثة أيام . ثم دخلت الامة الدار لم تعتق الأمة ولم تطلق المرأة ، لأنا لو أعتقناها لوجدت الصفة بالطلاق الثلاث لأنها عتقت ، وقد قال لها : إذا عتقت فأنت طالق قبله بثلاثة أيام ؛ واذا وقع الطلاق الثلاث قبله لم تكن له زوجة فى حال دخولها الدار ، واذا لم توجد صفة الحرية لم تعتق ، وان لم تعتق لم يقع الطلاق .

السابعة : قال ابن الحداد : إذا كان عبد بين شريكين فقال أحدهما للآخر : متى أعتقت نصيبك منه فنصيبى منه حر قبل عتقك إياه بثلاثة أيام وهما موسران فأمهل المقول له ثلاثا فأكثر ثم أعتق نصيبه لم يعمل عتقه ، لأنه لو عمل لدل

على وقوع عتق صاحبه قبله . ولو وقع عتق صاحبه قبل عتقه لما وقع عتقه . وإذا لم يقع عتقه لم توجد الصفة فى وقوع عتق الذى خاطبه .

قال القاضى أبو الطيب : لا يحتاج الى قوله بثلاث ، بل يكفى قوله قبل عتقك ولا يحتاج الى يسار المقول له ، وانما يحتاج الى يسار القائل وحده . فإذا أعتق المقول له نصيبه لم يعتق لأنه لو عتق نصيبه لعتق نصيب القائل قبله ، ولو عتق نصيب القائل لسرى الى نصيب المقول له ، لأنه موسر ، وإذا سرى الى نصيبه لم يصح اعتاقه لنصيبه فكأن إثبات عتق نصيبه يؤدى إلى اسقاطه فسقط حكم إثباته والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا علق طلاق امرأته على صفة من يمين أو غيرها ثم بانت منه ثم تزوجها قبل وجود الصفة ففيه ثلاثة أقوال :

(أحدها) لا يعود حكم الصفه فى النكاح الثانى ، وهو اختيار المزنى لأنها صفة علق عليها الطلاق قبل النكاح فلم يقع بها الطلاق ، كما لو قال لأجنبية : إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم تزوجها ودخلت الدار

(والثانى) أنها تعود ويقع بها الطلاق وهو الصحيح ، لان العقد والصفه وجدا فى عقد النكاح فأشبه إذا لم يتخللها بينونه .

(والثالث) أنها ان بانت بما دون الثلاث عاد حكم الصفه ، وان بانت بالثلاث لم تعد ، لان بالثلاث انقطعت علائق الملك ، وبمادون الثلاث لم تنقطع علائق الملك ولهذا بنى أحد العقدين على الآخر فى عدد الطلاق فيما دون الثلاث ولا يبنى بعد الثلاث . وان علق عتق عبده على صفة ثم باعه ثم اشتراه قبل وجود الصفه ففيه وجهان (أحدهما) أن حكمه حكم الزوجه اذا بانت بما دون الثلاث ، لانه يمكنه أن يشتريه بعد البيع كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث (والثانى) أنه كالبائن بالثلاث ، لان علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت فى البائن بالثلاث

(فصل) وان علق الطلاق على صفه ثم أبانها ووجدت الصفه فى حال البينونه انحلت الصفه ، فإن تزوجها لم يعد حكم الصفه ، وكذلك إذا علق عتق

عبده على صفة ثم باعه ووجدت الصفة قبل أن يشتريه انحلت الصفة ، فإن اشتراه لم يعد حكم الصفة .

وقال أبو سعيد الاصطخرى رحمه الله : لا تنحل الصفه لأن قوله إن دخلت الدار فأنت طالق مقدر بالزوجيه . وقوله إن دخلت الدار فأنت حر مقدر بالملك لأن الطلاق لا يصح فى غير الزوجيه والعتق لا يصح فى غير ملك فيصير كما لو قال : إن دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق ، وان دخلت الدار وأنت مملوكى فأنت حر . والمذهب الاول . لأن اليمين اذا علقت على عين تعلقت بها ، ولا تقدر فيها الملك ، والدليل عليه أنه لو قال : ان دخلت هذه الدار فأنت طالق ، والدار فى ملكه فباعها ثم دخلها وقع الطلاق ، ولا يجعل كما لو قال : ان دخلت هذه الدار وهى فى ملكى فأنت طالق ، فكذلك ههنا . والله أعلم

(الشرح) قوله : اذا علق طلاق امرأته على صفة الخ ، لجملة ذلك أنه اذا علق طلاقها على صفة فبانت منه قبل وجود الصفة ثم تزوجها ثم وجدت الصفة فى النكاح الثانى فهل يعود حكم الصفة وتطلق ؟ فيه قولان : قال فى القديم : إن أبانها بدون الثلاث عاد حكم الصفه قولا واحدا . وإن أبانها بالثلاث فهل يعود حكم الصفه ؟ فيه قولان

وقال فى الجديد : إن أبانها بالثلاث ثم تزوجها فإن حكم الصفة لا يعود قولا واحداً ، وان أبانها بدون الثلاث فهل يعود حكم الصفه ؟ فيه قولان ، فالقديم أقرب الى عود الصفه ، فحصل فى المسألتين ثلاثة أقوال (أحدها) لا يعود حكم الصفه سواء بانت بالثلاث أو بما دونها ، وهو اختيار المزنى وأبى إسحاق المروزى لقوله صلى الله عليه وسلم « لا طلاق قبل نكاح » فلو قلنا يعود حكم الصفة لكان هذا طلاقا قبل نكاح ، لأنه عقد قبل هذا النكاح فلم يحكم بوقوعه ، كما لو قال لأجنبية : ان دخلت الدار فأنت طالق ثم تزوجها ثم دخلت الدار

(والثانى) يعود حكم الصفة سواء بانت بالثلاث أو بما دونها ، وبه قال أحمد قال الشيخ أبو إسحاق هنا والمحاملى : وهو الصحيح ، لأن عقد الطلاق والصفه وجدا فى ملك فهو كما لو لم يتخللها بشبوته

(والثالث) ان بانت بما دون الثلاث ثم تزوجها عاد حكم الصفة . وإن بانت بالثلاث لم يعد حكم الصفه ، وبه قال مالك وابو حنيفة ، لأنها اذا بانت بما دون الثلاث ، فإن أحد النكاحين بانيا على الآخر فى عدد الطلاق ، فكذلك فى حكم الصفة ، واذا بانت بالثلاث فإن أحدهما لا يبين على الآخر فى عدد الطلاق فكذلك فى حكم الصفة ، واذا بانت بالثلاث فإن أحدهما لا يبين على الآخر فى عدد الطلاق فكذلك فى حكم الصفه .

(فرع) وان قال لعبده : ان دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم اشتراه ثم دخل الدار ففيه وجهان ، من أصحابنا من قال : حكمه حكم الزوجة اذا بانت بما دون الثلاث ، لأنه يمكنه أن يسترده بعد أن باعه كما يمكنه أن يتزوج البائن بما دون الثلاث قبل زوج ، فعلى حكم الصفه على قولين . ومنهم من قال حكمه حكم الزوجه اذا بانت بالثلاث ، لان علائق الملك قد زالت بالبيع كما زالت بالبينونة بالثلاث فعلى هذا لا يعود حكم الصفة على القول الجديد قولا واحداً ، وعلى القول القديم على قولين .

(فرع) وان علق طلاق امرأته على صفة بحرف لا يقتضى التكرار ، مثل ان قال : ان كلمت زيدا فأنت طالق ثلاثا فأبانها قبل كلامها لزيد فكلمت زيدا فى حال البينونة ثم تزوجها ، فإن حكم الصفه لا يعود ، فإن كلمته بعد النكاح لم تطلق ، وهذه حيلة فى ابطال تعليق الطلاق الثلاث بصفه بأن يخالعها بما دون الثلاث — أو بلفظ الخلع — اذا قلنا انه فسخ - ثم توجد الصفه فى حال البينونة فإن خالف ووطئها تعلق به حكم الوطء المحرم وانحلت الصفه ، وكذلك اذا قال لعبده : ان دخلت الدار فأنت حر فباعه ثم دخل الدار ثم اشتراه فإن حكم الصفه لا يعود . وقال أبو سعيد الاصطخرى يعود حكم الصفه ، وبه قال أحمد ومالك لأن عقد الصفه مقدر بالملك فصار كما لو قال : ان دخلت الدار وأنت زوجتى فأنت طالق أو قال لعبده : ان دخلت الدار وأنت عبدى فأنت حر . قال فى البيان : وهذا غلط ، لأن اليمين اذا علقت بصفه فإنها تتعلق بالصفه التى علق بها اللفظ ، لا تعتبر صفه أخرى لم يتلفظ بها . كما لو قال لها : ان دخلت هذه

الدار فأنت طالق ، فباع الدار ودخلتها، وإن كان بحرف يقتضى التكرار بأن قال لها : كلما دخلت الدار فأنت طالق فأبانها ودخلت الدار فى حال البينونة ثم تزوجها ودخلت الدار فى النكاح الثانى لم تطلق بدخولها الدار فى حال البينونة ؛ وهل تطلق بدخولها الدار بعد النكاح الثانى ؟ على الأقوال الثلاثة فى التى قبلها ، والله تعالى الموفق للصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله :

باب الشك فى الطلاق واختلاف الزوجين فيه

إذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم تطلق ؟ لأن النكاح يقين واليقين لا يزال بالشك . والدليل عليه ما روى عبد الله بن زيد رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يخيل اليه أنه يجد الشىء فى الصلاة فقال : لا ينصرف حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً . والورع أن يلتزم الطلاق لقوله صلى الله عليه وسلم « دع مايريبك إلى مالا يريبك » فإن كان بعد الدخول راجعها وان كان قبل الدخول جدد نكاحها ، وإن لم يكن له فيها رغبة طلقها لتحل لغيره بيقين ، وإن شك فى عدده بنى الأمر على الأقل ، لما روى عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إذا شك أحدكم فى صلاته فلم يدر أواحدة صلى أو اثنتين فليبن على واحدة ، وان لم يدر اثنتين صلى أم ثلاثاً فليبنى على اثنتين ، وإن لم يدر أثلاثاً صلى أم أربعاً فليبن على ثلاث ، وليسجد سجدتين قبل أن يسلم ، فرد إلى الأقل . ولأن الأقل يقين والزيادة مشكوك فيها فلا يزال اليقين بالشك ، والورع أن يلتزم الأكثر ؛ فإن كان الشك الثلاث وما دونها طلقها ثلاثاً حتى تحل لغيره بيقين .

(فصل) وإن كانت له امرأتان فطلق احداهما بعينها ثم نسيها أو خفيت عليه عينها ، بأن طلقها فى ظلمة أو من وراء حجاب ، رجع اليه فى تعيينها لأنه هو المطلق ، ولا تحل له واحدة منهما قبل أن يعين ويؤخذ بنفقتهما الى أن يعين لأنهما محبوستان عليه ، فإن عين الطلاق فى إحداهما فكذبته حلف للأخرى ،

لأن المعينة لو رجع فى طلاقها لم يقبل . وإن قال طلقت هذه لا بل هذه طلقتا فى الحكم ، لأنه أقر بطلاق الأولى ثم رجع إلى الثانية ، فقبلنا إقراره بالثانية ولم يقبل رجوعه فى الاولى ؛ وإن كن ثلاثاً فقال : طلقت هذه لا بل هذه لا بل هذه طلقن جميعاً .

وإن قال طلقت هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الثالثة وواحدة من الأوليين وأخذ بتعيينها لأنه أقر أنه طلق إحدى الأوليين ، ثم رجع الى أن المطلقة هى الثالثة فلزمه مارجع اليه ولم يقبل رجوعه عما أقر به . وإن قال طلقت هذه لا بل هذه أو هذه طلقت الأولى وواحدة من الاخريين . وإن قال طلقت هذه أو هذه وهذه أخذ ببيان الطلاق فى الأولى والأخريين ، فإن عين فى الاولى بقيت الاخريان على النكاح .

وإن قال لم أطلق الاولى طلقت الاخريان ، لان الشك فى الاولى والاخريين فهو كما لو قال : طلقت هذه أو هاتين ، ولا يجوز له أن يعين بالوطء ، فإن وطىء إحداهما لم يكن ذلك تعييناً للطلاق فى الأخرى ، فيطالب بالتعيين بالقول ، فإن عين الطلاق فى الموطوءة لزمه مهر المثل ، واذا عين وجبت العدة من حين الطلاق

(فصل) وان طلق احدى المرأتين بغير عينها أخذ بتعيينها ويؤخذ بنفقتهما الى أن يعين ، وله أن يعين الطلاق فيمن شاء منهما . فإن قال هذه لا بل هذه طلقت الاولى ولم تطلق الاخرى لأن تعيين الطلاق الى اختياره وليس له أن يختار إلا واحدة ، فإذا اختار إحداهما لم يبق له اختيار ، وهل له أن يعين الطلاق بالوطء فيه وجهان (أحدهما) لا يعين بالوطء ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة ، لأن إحداهما محرمة بالطلاق فلم يتعين بالوطء كما لو طلق احداهما بعينها ثم أشكلت فعلى هذا يؤخذ بعد الوطء بالتعيين بالقول ؛ فإن عين الطلاق فى الموطوءة لزمه المهر (والثانى) يتعين . وهو قول أبى اسحاق واختيار المزنى وهو الصحيح لانه اختيار شهوة ، والوطء قد دل على الشهوة . وفى وقت العدة وجهان

(أحدهما) من حين يلفظ بالطلاق ، لانه وقت وقوع الطلاق (والثانى) من حين التعيين ، وهو قول أبى على بن أبى هريرة رحمه الله تعالى ، لأنه وقت تعيين الطلاق .

(فصل) وإن ماتت الزوجتان قبل التعيين وبقى الزوج وقف من مال كل واحدة منهما نصف الزوج ، فإن كان قد طلق إحداهما بعينها فعين الطلاق فى إحداهما أخذ من تركة الاخرى مايخصه ، وإن كذبه ورثتها فالقول قوله مع يمينه وان كان قد طلق إحداهما بغير عينها فعين الطلاق فى إحداهما دفع اليه من مال الاخرى مايخصه ، وإن كذبه ورثتها فالقول قوله من غير يمين ، لأن هذا اختيار شهوة . وقد اختار ما اشتهى .

وإن مات الزوج وبقيت الزوجتان وقف لهما من ماله نصيب زوجة الى أن يصطلحا لأنه قد ثبت إرث إحداهما بيقين ، وليست إحداهما بأولى من الاخرى فوجب أن يوقف إلى أن يصطلحا ؛ لأنه قد ثبت إرث إحداهما بيقين ، فإن قال وارث الزوج أنا أعرف الزوجة منهما ففيه قولان

(أحدهما) يرجع اليه لأنه لما قام مقامه فى استلحاق النسب قام مقامه فى تعيين الزوجة (والثانى) لا يرجع اليه ، لأن كل واحدة منهما زوجة فى الظاهر ، وفى الرجوع الى بيانه اسقاط وارث مشارك ، والوارث لا يملك اسقاط من يشاركه فى الميراث . واختلف أصحابنا فى موضع القولين فقال أبو اسحاق : القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت ، وفيمن طلق احداهما من غير تعيين . ومنهم من قال : القولان فيمن عين طلاقها ثم أشكلت لأنه اخبار فجاز أن يخبر الوارث عن الموروث . وأما اذا طلق احداهما من غير تعيين فإنه لا يرجع الى الوارث قولا واحداً لأنه اختيار شهوة ، فلم يقم الوارث فيه مقام الموروث كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة ومات قبل أن يختار أربعاً منهن .

(الشرح) حديث عبد الله بن زيد ، وهو عبد الله بن زيد بن عاصم أبو محمد الانصارى النجارى المازنى عم عباد بن تميم وحديثه هذا أخرجه البخارى فى الطهارة عن على بن عبد الله وعن أبى الوليد وفى البيوع عن أبى نعيم ، وأخرجه مسلم فى الطهارة عن زهير بن حرب وعمرو الناقد وأبو داود فيه عن قتيبة ومحمد ابن أحمد بن أبى خلف ، وعند النسائى فيه عن قتيبة وعند ابن ماجه فيه عن محمد ابن الصباح . وأما حديث « دع ما يريبك الى مالا يريبك » فقد أخرجه أحمد فى مسنده عن أنس ؛ والنسائى عن الحسن بن على والطبرانى عن وابصة بن معبد

والخطيب البغدادى عن ابن عمر وأخرج بن قانع فى معجمه عن الحسن بن على مرفوعا «دع ما يريبك الى مالا يريبك فإن الصدق ينجى»

وأخرج أحمد فى مسنده والترمذى وابن حبان عن الحسن بن على مرفوعا «دع ما يريبك إلى مالا يريبك فان الصدق طمأنينة وإن الكذب ريبة» وقال فى النهاية «يريبك» يروى بالفتح وضمها قال المناوى : وفتحها أكثر.

وأما حديث عبد الرحمن بن عوف فقد رواه الترمذى وقال : حديث حسن صحيح، وقد أخرجه مسلم عن أبى سعيد الخدرى، ورواه البخارى عن إبراهيم النخعى عن علقمة عن ابن مسعود بنحوه، أما الشك فإنه التجويز المرجوح والظن هو التجويز الراجح، والوهم هو تردد الخاطر بين الظن والشك؛ وأما اليقين فهو الاعتقاد الجازم المطابق للواقع فهذه هى مراتب العلم وما يعتورها من حديث النفس

أما الأحكام : فإذا شك الرجل هل طلق امرأته أم لا لم يلزمه الطلاق وهو إجماع، لأن الأصل بقاء النكاح وعدم الطلاق. قال الشافعى رضى الله عنه : والورع والاحتياط أن يحدث نفسه. فان كان يعرف من عادته أنه إذا طلق امرأته طلق واحدة أو اثنتين راجعها. وإن كان يعرف من عادته أنه يطلق الثلاث طلقها ثلاثاً لتحل لغيره بيقين، وان تيقن أنه طلق إمرأته وشك هل طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً ؟ لم يلزمه إلا الأقل، والورع أن يلتزم الأكثر وبه قال أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وأحمد بن حنبل وقال مالك وأبو يوسف : يلزمه الأكثر. دليلنا : أن ما زاد على القدر الذى يتيقنه طلاق مشكوك فيه فلم يلزمه، كما لو شك فى أصل الطلاق.

(مسألة) إذا كان تحته زوجتان فطلق إحداهما وجهلها نظرت، فان طلق إحداهما بعينها ثم نسيها، أو رأى شخصها فى كلة (١) أو سمع كلامها فقال لها : أنت طالق ولم يدر أيتهما هى فانه يتوقف عن وطئهما حتى يتبين عين المطلقة منهما لأنه قد تحقق التحريم فى إحداهما فلم يحل له وطؤ واحدة منهما قبل البيان كما لو اختلطت امرأته بأجنبية فلم يعرفها، ويرجع فى البيان اليه لأنه هو المطلق،

---

(١) الكلة هى ما يسمى بالناموسية، وهى غلالة رقيقة تضرب فوق السرير كالقبة ولا تحجب ما وراءه لشفافيتها.

فكان أعرف بعين من طلقها ، وليس البيان إلى شهوته وهو أن يعين الطلاق فيمن يشتهى منها ، وإنما يرجع إلى نفسه ويتذكر من التى طلقها منهما ، ويستدل على ذلك من نفسه ، فيخبر عنها ، ويؤخذ بنفقتهما لأنهما محبوستان عليه . فان قال : طلقت هذه حكم عليها بالطلاق من حين طلق ، ويكون ابتداء عدتها من ذلك الوقت ، لا من حين عيّن ، لأنه أخبر عن عين المطلقة منهما وقت طلاقه فان كذبته المعينة لم يفد تكذيبها له ، وإن كذبته الأخرى وادعت أنها هى المطلقة حلف لها ، لأن الاصل عدم طلاقها ، وان أقر أن التى طلقها هى الثانية بعد الاولة حكم بطلاقهما بإقراره ، فإن قال : طلقت هذه ، لا : بل هذه طلقتا جميعاً فى الحكم لأنه أقر بطلاق الأولة فقبل ثم رجع عن ذلك وأخبر بطلاق الثانية فلزمه حكم اقراره الثانى ولم يقبل رجوعه عن طلاق الاولة .

وان قال : لم أطلق هذه ـ قال الشيخ أبو حامد : ـ حكم عليه بطلاق الاخرى لانا قد تيقنا أنه طلق احداها ؛ فاذا قال : لم أطلق هذه ، كان اعترافا منه بأن التى طلقها هى الاخرى .

(فرع) وان كن ثلاث زوجات فطلق واحدة بعينها وأشكلت فقال : طلقت هذه ، لا : بل هـذه ، أو طلقت هذه : بل هذه هذه ، طلقن جميعاً . لانه أقر بطلاق الاولة ثم رجع عن طلاقها وأقر بطلاق الثانية ثم رجع عن طلاقها وأقر بطلاق الثالثة فلزمه حكم اقراره ، ولم يقبل رجوعه كما لو قال : عليّ درهم بل دينار بل ثوب .

وان قال : طلقت هذه بل هذه أو هذه ، طلقت الاولة وواحدة من الاخريين ولزمه أن يعين الطلاق فى احدى الأخريين ، وان قال : طلقت هذه أو هذه لا بل هذه طلقت الثالثة واحدى الأولتين ، ويلزمه التعيين فى احدى الأولتين . وان قال طلقت هذه وهذه أو هذه طلقت الاولتان أو الثالثة ، ولزمه البيان . وان قال : هذه أو هذه وهذه ، طلقت الأولة أو الآخريان ويلزمه البيان .

وقال أبو العباس بن سريج : تطلق الثالثة واحدى الاولتين لأنه عدل عن لفظ الشك الى واو العطف ، فينبغى أن لا تشاركها فى الشك فتكون معطوفة

على الجملة ، وإن كن أربعاً فقال طلقت هذه أو هذه بل هذه أو هذه طلقت إحدى الأولتين وإحدى الأخرتين وأخذ ببيانهما .

وان قال : هذه ثم قال بعد ذلك : لا أدرى أن التى عينتها هى المطلقة أو غيرها لزمه الطلاق فى التى عينها ووقف عن وطء الباقيات الى أن يبين أن التى طلقها هى التى عين أوغيرها وان قال : التى عينتها ليست المطلقة لم يقبل رجوعه عن طلاقه ولزمه أن يعين واحدة من الباقيات للطلاق ، لأن هذا يضمن الإقرار بأن واحدة من الباقيات مطلقة فلزمه بيانها ، وان وطىء احداهن لم يكن ذلك تعييناً للطلاق فى غير الموطوءة ، لأن الطلاق لا يقع بالفعل فكذلك لا يقع بالفعل ويؤخذ بالبيان . فان عين الطلاق فى غير الموطوءة علمنا أنه انما وطىء زوجته ، وان عين الطلاق فى الموطوءة ، وجب عليه لها مهر المثل للوطء بعد الطلاق لأنه وطء شبهة ، وأما اذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها بأن قال : احداكن طالق ولم يعين بقلبه واحدة بعينها منهن وقع الطلاق على واحدة منهن لا بعينها ، لان الطلاق يقع مع الجهالة .

وقال مالك : يقع على جميعهن : دليلنا أنه أضاف الطلاق الى واحدة فلم يقع على الجماعة كما لو عينها .

اذا ثبت هذا : فإنه يوقف عن وطئهن حتى يعين المطلقة منهن لأنا نتحقق التحريم فى واحدة منهن لا بعينها ، فوقف عن وطئهن كما لو طلق واحدة بعينها وأنسيها ويوجد تعيين المطلقة منهن لتتميز المطلقة من غير المطلقة وله أن يوقع الطلاق فيمن اشتهى منهن لانه أوقع الطلاق على واحدة لا بعينها فكان له التعيين فيمن اختار بخلاف الأولة ، فإنه أوقع الطلاق على واحدة بعينها ، وانما أشكلت فلذلك قلنا : لا بعينها فيمن اشتهى منهن .

اذا ثبت هذا : فإن قال : طلقت هذه تعين فيها الطلاق ، وان قال : هذه التى لم أطلقها وكانتا اثنتين طلقت الأولة ، فإن ذلك اخبار منه عن طلاقها بعينها ، فإذا أخبر بطلاق واحدة ثم رجع عنها الى الثانية لزمه حكم اقراره فى الثانية ، ولم يقبل رجوعه عن الأولة ، وان وطىء احداهما : فهل يكون وطؤه لها بياناً لامساكها واختيار الطلاق فى الأخرى اذا كانتا اثنتين ؟ فيه وجهان .

(أحدهما) لا يكون تعيينا لأنه وطء فلم تتعين به المطلقة ، كما لو طلق واحدة بعينها وجهلها أو أنسيها .

(والثانى) يكون تعييناً وهو الأصح ، لأن هذا اختيار شهوة فوقع بالوطء كما لو وطىء البائع الجارية المبيعة فى حال الخيار . وقال أحمد بن حنبل : لا تتعين المطلقة بالقول ولا بالوطء ، وإنما تتعين بالقرعة . دليلنا أن القرعة لا مدخل لها فى الزوجات فى أصل الشرع .

إذا ثبت هذا : وعين الطلاق فى واحدة فمتى وقع عليها الطلاق ؟ فيه وجهان (أحدهما) أنه يقع عليها من حين ايقاعه لأن الطلاق لا يجوز أن يكون فى الذمة وانما لم يتعين ، فإذا عينها تبينا أن الطلاق وقع من حين الإيقاع ، فعلى هذا يكون ابتداء عدتها من ذلك الوقت (والثانى) وهو قول أبى على بن أبى هريرة : أنه وقع عليها من حين التعيين ، وبه قال أبو حنيفة وأصحابه ، لأن الطلاق لم يوقعه على واحدة منهن ، بدليل أن له أن يختار التعيين . فعلى هذا يكون ابتداء عدتها من وقت التعيين .

وحكى عن أبى على بن أبى هريرة أنه قال : وقع الطلاق من حين الايقاع ، الا أن العدة من وقت التعيين ، كما نقول فيمن نكح امرأة نكاحا فاسداً ووطئها

(فرع) اذا كان له زوجات فقال : زوجتى طالق ولم يعين واحدة بقلبه وقع الطلاق على واحدة منهن لا بعينها وبه قال عامة العلماء ، وقال أحمد : يقع الطلاق على جميعهن ، وحكى ذلك عن ابن عباس . دليلنا أنه أوقع الطلاق على واحدة فلا يقع على جميعهن ، كما لو قال : احدى نسائى طالق .

اذا ثبت هذا : فانه يرجع فى البيان اليه على ما سبق أن قررنا أما معرفة وارث الزوج لإحدى الزوجتين ، واخبار الوارث عن الموروث فسنتناول ذلك فى الفصل بعده ان شاء الله خشية التكرار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان طلق احدى زوجتيه ثم ماتت احداهما ثم مات الزوج قبل البيان عزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون هى الزوجة ؛

ويعزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجة ، فإن قال وارث الزوج : الميتة قبله مطلقه فلا ميراث لى منها والباقيه زوجه فاما الميراث معى ، قبل لأنه اقرار على نفسه بما يضره .

فإن قال الميتة هى الزوجه فلى الميراث من تركتها ، والباقيه هى المطلقه فلا ميراث لها معى — فان صدق على ذلك — حمل الامر على ما قال ، فان كذب بأن قال وارث الميته انها هى المطلقه فلا ميراث لك منها ، وقالت الباقيه : أنا الزوجه فلى معك الميراث ، ففيه قولان

(أحدهما) يرجع الى بيان الوارث فيحلف لورثة الميته أنه لا يعلم أنه طلقها ويستحق من تركتها ميراث الزوج ، ويحلف الباقيه أنه طلقها ويسقط ميراثها من الزوج (والثانى) لا يرجع الى بيان الوارث ، فيجعل ما عزل من ميراث الميته موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوج ووارث الزوجه ، وما عزل من ميراث الزوج موقوفا حتى تصطلح عليه الباقيه ووارث الزوج .

(فصل) وان كانت له زوجتان حفصة وعمرة فقال : يا حفصه ان كان أول ولد تلدينه ذكراً فعمرة طالق ، وان كان أنثى فأنت طالق ، فولدت ذكراً وأنثى واحداً بعد واحد وأشكل المتقدم منهما ، طلقت احداهما بعينها ، وحكمها حكم من طلق احدى المرأتين بعينها ثم أشكلت عليه ، وقد بيناه

(الشرح) الاحكام : اذا طلق احدى امرأتيه ثلاثاً وجهلها أو نسيها أو طلق احداهما لا بعينها وماتت احداهما قبل التعيين لم يتعين الطلاق فى الاخرى ، بل له أن يعين الطلاق فى احداهما بعد الموت .

وقال أبو حنيفه يتعين الطلاق فى الباقيه . دليلنا أنه يملك تعيين الطلاق قبل موتها فملك بعده كما لو كانتا باقيتين .

اذا ثبت هذا فإنه يوقف له من مال الميتة منهما ميراث ، وهو النصف مع عدم الولد وولد الولد . أو الربع مع وجود الولد أو ولد الولد ، لأنا نعلم أن احداهما زوجته يرث منها ، والاخرى أجنبيه لا يرث منها فلم يجز أن يدفع الى ورثة كل واحدة منهما الا ما يتيقن أنهم يستحقونه . ونحن لا نعلم أنهم يستحقون

قدر ميراث الزوج منها فوقف ، فيقال له : بيّن المطلقة منهما ، فإن كان قد طلق واحدة منهما بعينها ثم جهلها أو نسيها ثم قال : التي كنت طلقتها فلانة وهى الميتة دفع ما عزل من تركة الميتة إلى باقى ورثتها .

وإن قال التى طلقتها هى الثانية دفع اليه ما عزل له من تركة الميتة ، وإن ماتتا قبل التعيين عزل من تركة كل واحدة منهما ميراث زوج . ثم يقال له : عين المطلقة منهما . فإن قال : التى طلقتها فلانة دفع ما عزل له من تركتها إلى باقى ورثتها لأنه أقر أنه لا يرثها ودفع اليه ما عزل اليه من تركة الأخرى ، لأنه أخبر أنها زوجته فإن كذبه ورثتها وقالوا بل هى التى كنت طلقت فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل بقاء نكاحها وعدم طلاقه لها الى الموت . فإن حلف فلا كلام ، وان نكل عن اليمين حلف ورثتها أنها هى التى طلقها سقط ميراثه عن الأولة بإقراره ، وعن الثانية بنكوله وأيمان ورثتها .

وإن كان قد طلق إحداهما لا بعينها فعين الطلاق فى إحداهما دفع ما عزل له من تركة المعينة للطلاق الى باقى ورثتها ودفع ما عزل له من تركة الأخرى الى الزوج ، فان كذبه ورثتها فلا يمين على الزوج ، لأن هذا اختيار شهوة هذا نقل أصحابنا البغداديين .

وقال المسعودى : اذا طلق إحداهما لا بعينها فهل له أن يعينها بعد الموت ؟ فيه وجهان ، بناء على أن الطلاق يقع من وقت التعيين أو من وقت الإيقاع . فان قلنا وقت الإيقاع كان له ، وان قلنا يقع وقت التعيين لم يكن له . فان مات الزوج وهما باقيتان قبل أن يعين الطلاق فى إحداهما — فان قال وارث الزوج : لا أعلم المطلقة منهما — وقف من مال الزوج ميراث زوجه وهو الربع مع عدم الولد وولد الولد ، والثمن مع وجود أحدهما لا يتيقن أن إحداهما وارثته بيقين ، فلا يدفع إلى باقى ورثته الا ما يتيقن استحقاقهم له ، ويوقف ذلك بين الزوجين إلى أن يصطلحا عليه .

وإن قال وارث الزوج : أنا أعرف المطلقة منهما ، فهل يرجع الى بيانه ؟ فيه قولان . قال ابن الصباغ : ومن أصحابنا من قال : هما وجهان (أحدهما) يرجع إلى بيان الوارث لأنه يقوم مقام الزوج فى الملك والرد بالعيب . وفى استحقاق

النسب بالإقرار ، فقام مقامه فى تعيين المطلقة . فعلى هذا إذا قال : المطلقة فلانة دفع ما عزل من تركة الزوج الى الآخر ، وان كذبته المطلقة حلف لها .

(والثانى) لا يقوم مقامه . لأن فى ذلك إسقاط حق وارث معه فى الظاهر بقوله . واختلف أصحابنا فى موضع القولين ، فقال أبو اسحاق : القولان فيمن طلق إحداهما بعينها وفيمن طلق إحداهما لا بعينها . ومنهم من قال القولان فيمن طلق احداهما بعينها ثم جهلها أو نسيها .

فأما اذا طلق احـداهما لا بعينها لا يقوم مقام المورث قولا واحداً ، لأنه يمكنه التوصل الى العلم بالمطلقة منهما إذا وقع الطلاق بواحـدة بعينها بسماع من الزوج ، فإذا طلق واحدة منهما لا بعينها ، فتعيين المطلقة الى شهوة الزوج فلا يقوم وارثه مقامه كما لو أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة وأسلمن معه ، فمات قبل أن يختار — فان كانت بحالها وماتت واحـــدة منهما ثم مات الزوج قبل البيان وبقيت الأخرى عزل من تركة الزوج ميراث زوجة لجواز أن تكون الباقية زوجته ، وعزل من تركة الميتة قبله ميراث زوج لجواز أن تكون الميتة هى زوجته فان قال وارث الزوج الميتة قبل الزوج هى المطلقة ، قبل قوله ، لأن فى ذلك إضراراً عليه من جهة أنه لا يرث من الميته وترث معه الباقيه

وان قال بل الميتة قبل الزوج هى الزوجه والباقيه هى المطلقه ، فان صدقته الباقية وورّث الأولة ورث ميراث الزوج من الأولة ولم ترث معه الباقيه ، وان كذبته فهل يقبل قول الوارث ؟ فيه قولان وقد مضى توجيههما ، والذى يقتضى المذهب أن يكون فى موضع وجهان

فاذا قلنا لا يقبل قول وارث الزوج كان ما عزل من تركة الميت قبل الزوج موقوفا حتى يصطلح عليه وارث الزوج والزوجه الباقيه . فاذا قلنا يقوم مقـام الزوج . فان كان الزوج قد أوقع الطلاق فى إحداهما بعينها ثم نسيها أو جهلهـا ، فان وارث الزوج يحلف لورثة الميته ما يعلم أنه طلقها لأنه يحلف على نفى فعل غيره على القطع .

وان كان الزوج طلق احداهما لا بعينها ، وقلنا يقبل قول وارث الزوج فيها ، فلا يمين على وارث الزوج ، كما لا يمين على الزوج فى ذلك

وجملة ما تقــدم أنه قد نص أحمد بن حنبل أنه إذا طلق واحدة من نسائه وأنسيها أخرجت بالقرعة فإن مات قبل ذلك أقرع الورثة وكان الميراث للبواقى وقال أبو حنيفة : يقسم الميراث بينهن كلهن لأنهن تساوين فى احتمال استحقاقه ولا يخرج الحق عنهن .

وقال الشافعى : يوقف الميراث المختص بهن حتى يصطلحن عليه لأنه لا يعلم المستحق منهن ، وكذلك نص أحمد على أنه اذا كان له أربع نسوة فطلق إحداهن ثم نكح أخرى بعــد قضاء عدتها ثم مات ولم يعلم أيتهن طلق فللتى تزوجها ربع ميراث النسوة . وقال ابن قدامة : ثم يقرع بين الأربع فأيتهن خرجت قرعتهــا خرجت وورث الباقيات . نص عليه أحمــد . وذهب الشعبى والنخعى وعطاء الخراسانى وأبو حنيفة إلى أن الباقى بين الاربع . وزعم أبو عبيد أنه قول أهل الحجاز وأهل العراق جميعاً . وقال الشافعى : يوقف الباقى بينهن حتى يصطلحن ووجه الأقوال ما تقدم .

وقال أحمــد فى رواية بن منصور فى رجل له أربع نسوة طلق واحدة منهن ثلاثاً وواحدة اثنتين وواحدة واحدة ومات على أثر ذلك ولا يدرى أيتهن طلق ثلاثاً وأيتهن طلق اثنتين وأيتهن واحــدة يقرع بينهن ، فالتى أبانها تخرج ولا ميراث لها . هذا فيما إذا مات فى عدتهن وكان طلاقه فى صحته فإنه لا يحرم الميراث الا المطلقة ثلاثاً ، فالباقيتان رجعيتان يرثنه فى العدة ويرثهن من انقضت عدتها منهن لم ترثه ولم يرثها ، ولو كان طلاقه فى مرضه الذى مات فيه لورثه الجميع فى العدة .

* * *

(مسألة) ان كانت له زوجتان فقال : يا حفصة ان كان أول ولد تلدينه ذكراً فعمرة طالق ، وان كان أنثى فأنت طالق ، فان ولدت ذكراً وأنثى أحــدهما بعد الآخر وأشكل المقدم منهما علمنا أن إحــداهما قد طلقت بعينها وهى مجهولة ، فيرجع الى بيانه ، كما لو أشرفت إحداهما من موضع فقال : هــذه طالق ولم يعرفها فإنه يرجع إلى بيانه ، والله تعالى أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } وإن قال : إن كان هذا الطائر غراباً فنسائى طوالق ، وإن لم يكن غراباً فإمائى حرائر ، ثم قال: كان هذا الطائر غراباً طلقت النساء ، فإن كذبه الاماء حلف لهن ، فإن حلف ثبت رقهن ، وإن نكل ردت اليمين عليهن ، فإن حلفن ثبت طلاق النساء بإقراره وعتق الاماء بنكوله ويمينهن ، فإن صدقنه ولم يطلبن إحلافه ففيه وجهان

(أحدهما) يحلف لما فى العتق من حق الله عز وجل (والثانى) لا يحلف لأنه لما أسقط العتق بتصديقهن سقط اليمين بترك مطالبتهن .

وإن قال كان هذا الطائر غير غراب عتق الاماء ، فإن كذبته النساء حلف لهن وإن نكل عن اليمين ردت عليهن ، فإن حلفن ثبت عتق الاماء بإقراره وطلاق النساء بيمينهن ونكوله .

{ فصل } وإن رأى طائراً فقال : ان كان هذا الطائر غراباً فنسائى طوالق وإن كان حماماً فإمائى حرائر ولم يعرف لم تطلق النساء ولم تعتق الاماء ، لجواز أن يكون الطائر غيرهما ، والأصل بقاء الملك والزوجية فلا يزال بالشك وإن قال : ان كان هذا غراباً فنسائى طوالق : وان كان غير غراب فإمائى حرائر : ولم يعرف منع من التصرف فى الاماء والنساء ، لأنه تحقق زوال الملك فى أحدهما ، فصار كما لو طلق إحدى المرأتين ثم أشكلت ويؤخذ بنفقة الجميع الى أن يعين ، لأن الجميع فى حبسه ويرجع فى البيان اليه لأنه يرجع اليه فى أصل الطلاق والعتق فكذلك فى تعيينه ، فإن امتنع من التعيين مع العلم به حبس حتى يعين وإن لم يعلم لم يحبس ، ووقف الامر الى أن يتبين . وان مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة فيه وجهان (أحدهما) يرجع اليهم لأنهم قائمون مقامه (والثانى) لا يرجع لأنهم لا يملكون الطلاق فلم يرجع اليهم فى البيان ، ومتى تعذر البيان أقرع بين النساء والاماء ، فان خرجت القرعة على الاماء عتقن وبقى النساء على الزوجية ، وان خرجت القرعة على النساء رق الاماء ولم تطلق النساء .

وقال أبو ثور: تطلق النساء بالقرعة كما تعتق الاماء . وهذا خطأ لأن القرعة

لها مدخل فى العتق دون الطلاق ، ولهذا لو طلق إحدى نسائه لم تطلق بالقرعة . ولو أعتق أحد عبيده عتق بالقرعة ، فدخلت القرعة فى العتق دون الطلاق كما يدخل الشاهد والمرأتان فى السرقة لإثبات المال دون القطع ، ويثبت للنساء الميراث لأنه لم يثبت بالقرعة ما يسقط الإرث .

(فصل) وإن طار طائر فقال رجل : إن كان هذا الطائر غراباً فعبدى حر وقال الآخر : إن لم يكن غراباً فعبدى حر ولم يعرف الطائر لم يعتق واحد من العبدين ، لأنا نشك فى عتق كل واحد منهما ، ولا يزال يقين الملك بالشك . وإن اشترى أحد الرجلين عبد الآخر عتق عليه ، لأن إمساكه للعبد إقرار بحرية عبد الآخر ، فإذا ملكه عتق عليه ، كما لو شهد بعتق عبد ثم اشتراه .

(الشرح) إن رأى رجلا طائراً فقال : إن كان هذا الطائر غراباً فنسائى طوالق ، وان كان غير غراب فإمائى حرائر ، فطار الطائر ولم يعرف هل هو غراب أو غير غراب ، فقد علم أنه حنث فى الطلاق أو العتق ، لأنه لا يخلو إما أن يكون غراباً أو غير غراب ، فيوقف عن وطء الجميع وعن التصرف فى الإماء لأنا نتحقق التحريم إما فى الزوجات وإما فى الاماء .

وإن جهلنا عين المحرم منهما فوقف عن الجميع تغليبا للتحريم ، ويؤخذ بالبيان لأنه هو الحالف ، ويجوز ان يكون عنده علم ، فإن أقر أن عنده علما وامتنع عن البيان حبس وعزر الى أن يتبين ، وعليه نفقة الجميع الى ان يتبين لأنهن فى حبسه فإن قال كان الطائر غراباً طلقت النساء ، سواء صدقته أو كذبنه ، فإن صدقته الاماء على أنه كان غراباً فلا يمين عليه ، وان قلن ما كان غراباً فالقول قوله مع يمينه ؛ لأن الأصل بقاء الملك عليهن ، فإن طلبن يمينه حلف لهن لم يعتقن ، وإن كذبنه ولم يطلبن إحلافه ففيه وجهان

(أحدهما) يحلفه الحاكم كما فى العتق لأنه حق الله تعالى

(والثانى) لا يحلفه لأن العتق سقط بتصديقهن أن الطائر كان غراباً فسقطت يمينه بتركه مطالبتهن ، وإن نكل فحلفن عتقن بأيمانهن ونكوله وطلقت النساء

بإقراره السابق . وان قال ابتداء كان الطائر غير غراب ، عتقت الاماء صدقنه أو كذبنه ، فان صدقته النساء أنه لم يكن غرابا فلا كلام . وان قالت النساء كان غرابا فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل بقاء النكاح ، فان حلف بقين على الزوجية . وان نكل فحلفن طلقن بنكوله وأيمانهن . وعتقت الاماء بإقراره .

وان قال لا أعلم هل كان غرابا أو غير غراب ، فان صدقته النساء والاماء أنه لا يعلم بقين على الوقف . وان كذبنه وقلن بل هو يعلم حلف لهن أنه لا يعلم وبقين على الوقف . وان نكل عن اليمين حلف من ادعى منهن أنه يعلم أنه حنث فى يمينه فيه ، وكان كما لو أقر

فإن مات قبل البيان فهل يرجع الى الورثة ؟ فيه وجهان حكاهما الشيخ المصنف وابن الصباغ فى الشامل ، ونبه أن يكونا مأخوذين من القولين فى التى قبلها

(أحدهما) يرجع اليهم فى البيان ، لان الورثة يقومون مقامه فى الملك والرد بالعيب ، فكذلك فى بيان المطلقات والمعتقات

(والثانى) لا يرجع اليهم فى البيان لان ذلك يؤدى الى اسقاط بعض الورثه لقول البعض . وعندى أن الوجهين انما هما اذا قال الورثه كان الطائر غرابا ليطلق النساء ولا يعتق الاماء .

فأما اذا كان الطائر غير غراب فانه يقبل قوله وجها واحداً ، لانه أقر بما فيه تغليظ عليه من جهتين (أحدهما) أن الاماء تعتق عليه (والثانيه) أن الزوجات يرثن معه .

اذا ثبت هذا فان قال الوارث : لا أعلم هل كان غرابا أو غير غراب ؛ أو قال الوارث : كان الطائر غرابا ولم تصدقه النساء والاماء ، وقلنا لا يقبل قوله فانه يقرع بين النساء والاماء لتمييز العتق لا لتمييز الطلاق . فيجعل الزوجات جزءاً والاماء جزءاً ويضرب عليهن بسهم حنث وسهم بر . فان خرج سهم الحنث على الاماء عتقن ولم تطلق النساء ، وان خرج سهم الحنث على النساء لم يطلقن ولا تعتق الاماء .

وقال أبو ثور : تطلق النساء كما تعتق الاماء . وهذا خطأ عندنا ، كما هو منصوص فى الام . وعلى ذلك الاصحاب كافه ، لان الاصل عندنا أن القرعه

لا مدخل لها فى الطلاق ، ولهذا لو طلق إحدى امرأتيه ولم يقبل أن يعين المطلقة منهما لم يقرع بينهما . ولو أعتق عبديه فى مرض موته ولم يحتملها الثلث أقرع بينهما ، فإن خرجت قرعة الحنث على الاماء حكم بعتقهن من رأس المال إن كان قال ذلك فى الصحة . ومن الثلث إن قاله فى المرض الذى مات فيه ، ولا يحكم بطلاق النساء ، بل تكون عدتهن بعدة الوفاة . وتكون للزوجات الميراث إلا أن يكن قد ادعين الطلاق ، وكان الطلاق مما لا يرثن معه ، ولو ثبت لا يرثن ، لأنهن أقررن أنهن لسن بوارثات

وإن خرجت القرعة حنثاً على الزوجات فقد ذكرن أنهن لا يطلقن . قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم فى باب الشك واليقين فى الطلاق : وإن مات قبل أن يحلف أقرع بينهم ، فإن وقعت القرعه على الرقيق عتقوا من رأس المال وإن وقعت على النساء لم نطلقهن بالقرعة ولم نعتق الرقيق وورثه النساء ، لأن الأصل أنهن أزواج حتى يستيقن بأنه طلقهن ، ولم يستيقن ، والورع أن يدعن ميراثه ؛ وإن كان ذلك وهو مريض

وقال فى موضع آخر : والورع لهن أن يدعن الميراث . لأن الظاهر بخروج الحنث عليهن أنه طلقهن إلا أن القرعة ليس لها مدخل فى الطلاق على ما مضى اه وهل تزول الشبهة فى ملك الاماء ؟ ويكون الملك ثابتاً عليهن ظاهراً وباطناً ؛ لخروج قرعة الحنث على النساء فيه وجهان

(أحدهما) لا تزول الشبهة لأن القرعة إنما لم تؤثر فى حنث النساء ، لأنه لا مدخل لها فيهن فى أصل الشرع ، ولها مدخل فى أصل الشرع فى العتق ؛ فعلى هذا يكون ملك الورثة ثابتاً على الاماء بلا شبهة وعلى الوجهين بصدد تصرف الورثة فيهن بالبيع والاستمتاع وغيره ، إلا أن فى الأول يصح تصرفه مع الشك وعلى الثانى من غير شك .

(فرع) وإن قال : ان كان هذا الطائر غراباً فنساؤه طوالق ، وان كان حماماً فإماؤه حرائر فطار ولم يعلم لم يحكم عليه بطلاق ولا عتق لجواز أن لا يكون غرابا ولا حماما . وان ادعى النساء أنه كان غرابا وادعى الاماء أنه كان حماما ولا بينة حلف أنه ليس بغراب يمينا وأنه ليس بحمام يمينا ، لأن الأصل بقاء النكاح والملك .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

{ فصل } اذا اختلف الزوجان فادعت المرأة على الزوج أنه طلقها وأنكر الزوج فالقول قوله مع يمينه لان الاصل بقاء النكاح وعدم الطلاق . وان اختلفا فى عدده فادعت المرأة أنه طلقها ثلاثا . وقال الزوج طلقتها طلقه ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الاصل عدم ما زاد على طلقه

{ فصل } وان خيرها ثم اختلفا فقالت المرأة اخترت ؛ وقال الزوج ما اخترت ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لان الاصل عدم الاختيار وبقاء النكاح ، وان اختلفا فى النية ، فقال الزوج ما نويت وقالت المرأة نويت ، ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول أبى سعيد الاصطخرى رحمه الله : ان القول قول الزوج ، لان الأصل عدم النية وبقاء النكاح ، فصار كما لو اختلفا فى الاختيار . (والثانى) وهو الصحيح أن القول قول المرأة ، والفرق بينه وبين الاختلاف فى الاختيار أن الاختيار يمكن إقامة البينه عليه ، فكان القول فيه قوله . كما لو علق طلاقها بدخول الدار فادعت أنها دخلت وأنكر الزوج ، والنيه لا يمكن اقامة البينة عليها ، فكان القول قولها ، كما لو علق الطلاق على حيضها فادعت أنها حاضت وأنكر .

{ فصل } وان قال لها أنت طالق أنت طالق أنت طالق . وادعى أنه أراد التأكيد وادعت المرأة أنه أراد الاستئناف ، فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعرف بنيته . وان قال الزوج أردت الاستئناف ، وقالت المرأة أردت التأكيد فالقول قول الزوج لما ذكرناه ولا يمين عليه ، لأن اليمين تعرض ليخاف فيرجع ، ولو رجع لم يقبل رجوعه ، فلم يكن لعرض اليمين معنى

{ فصل } وان قال أنت طالق فى الشهر الماضى ، وادعى أنه أراد من زوج غيره فى نكاح قبله ، وأنكرت المرأة أن يكون قبله نكاح أو طلاق ، لم يقبل قول الزوج فى الحكم حتى يقيم البينه على النكاح والطلاق ، فإن صدقته المرأة على ذلك لكنها انكرت أنه أراد ذلك فالقول قوله مع يمينه ، فإن قال : أردت أنها طالق فى الشهر الماضى بطلاق كنت طلقتها فى هذا النكاح وكذبته المرأة فالقول قوله

مع يمينه ، والفرق بينه وبين المسئلة قبلها أن هناك يريد أن يرفع الطلاق ، وههنا لا يرفع الطلاق ، وإنما ينقله من حال إلى حال .

(الشرح) وإن ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها فأنكر . أو ادعت أنه طلقها ثلاثاً فقال بل طلقتها واحدة أو اثنتين ولا بينة فالقول قول الزوج مع يمينه لقوله صلى الله عليه وسلم : البينة على المدعى واليمين على من أنكر ، ولأن الأصل عدم الطلاق وعدم ما زاد على ما أقر به الزوج ، وبه قال أحمد وأصحابه قال فى المغنى : وان اختلفا فى عدد الطلاق فالقول قوله لما ذكرناه ، فإذا طلق ثلاثاً وسمعت ذلك وأنكر أو ثبت ذلك عندها بقول عدلين لم يحل لها تمكينه من نفسها ، وعليها أن تفر منه ما استطاعت ، وتمتنع منه إذا أرادها ، وتفتدى منه إن قدرت .

قال أحمد . لا يسعها أن تقيم معه وتفتدى منه بكل ما يمكن . وقال جابر بن زيد وحماد بن ابى سليمان وابن سيرين بهذا ، وقال الثورى وأبو حنيفة وأبو يوسف وابو عبيد : تفر منه . وقال مالك لا تتزين له ولا تبدى له شيئا من شعرها ولا زينتها ولا يصيبها إلا وهى مكرهة . وقال الحسن والزهرى والنخعى : يستحلف ثم يكون الإثم عليه .

(فرع) وإن خيرها الزوج فقالت قد اخترت وقال ما اخترتُ فالقول قول الزوج ، لأن الأصل عدم الاختيار ، والذى يقتضى المذهب أنه يحلف ما يعلم أنها اختارت ، لأنه يحلف على نفى فعل غيره ، وان ادعت أنها نوت الطلاق ، وقال الزوج ما نويت ففيه وجهان

(أحدهما) القول قول الزوج مع يمينه ، لأن الأصل عدم النية (والثانى) القول قولها مع يمينها لأنهما اختلفا فى نيتها ولا يعلم ذلك إلا من جهتها، فقبل قولها مع يمينها ؛ كما لو علق الطلاق على حيضها

وإن قال : أنت طالق ، أنت طالق ، وادعى انه أراد التأكيد ، وادعت انه أراد الاستئناف . فالقول قوله مع يمينه ، لأنه أعلم بإرادته . وإن قال أردتُ الاستئناف وقالت بل أردت التأكيد لزمه حكم الاستئناف ، لأنه أقر بالطلاق فلزمه ولا يمين عليه ، لأنه لو رجع لم يقبل رجوعه فلا يعرض اليمين

قال المصنف رحمه الله :

باب الرجعة

إذا طلق الحر امرأته بعد الدخول طلقة أو طلقتين ، أو طلق العبد امرأته بعد الدخول طلقة ، فله أن يراجعها قبل انتهاء العدة ، لقوله عز وجل « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف » والمراد به إذا قاربن أجلهن . وروى ابن عباس رضى الله عنه عن عمر رضى الله عنه « أن النبي صلى الله عليه وسلم طلق حفصة وراجعها » وروى ان ابن عمر رضى الله عنه طلق امرأته وهى حائض ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر : مر ابنك فليراجعها فإن انقضت العدة لم يملك رجعتها ، لقوله عز وجل « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن » فلو ملك رجعتها لما نهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح ، فإن طلقها قبل الدخول لم يملك الرجعة لقوله عز وجل : « وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف » فعلق الرجعة على الأجل ، فدل على أنها لا تجوز من غير أجل ، والمطلقة قبل الدخول لا عدة عليها لقوله تعالى « يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها » .

(فصل) ويجوز أن يطلق الرجعية ويلاعنها ويُولى منها ويظاهر منها . لأن الزوجية باقية ، وهل له أن يخالعها ؟ فيه قولان :

قال فى الأم : يجوز لبقاء النكاح . وقال فى الاملاء : لا يجوز لأن الخلع للتحريم وهى محرمة ، فإن مات أحدهما ورثه الآخر لبقاء الزوجية الى الموت ، ولا يجوز أن يستمتع بها لأنها معتدة فلا يجوز وطؤها كالمختلعة ، فإن وطئها ولم يراجعها حتى انقضت عدتها لزمه المهر ، لأنه وطء فى ملك قد تشعث فصار كوطء الشبهة . وان راجعها بعد الوطء فقد قال فى الرجعة : عليه المهر . وقال فى المرتد إذا وطىء امرأته فى العدة ثم أسلم أنه لا مهر عليه . واختلف أصحابنا فيه فنقل ابو سعيد الاصطخرى الجواب فى كل واحدة منهما الى الأخرى وجعلهما

على قولين (أحدهما) يجب المهر لأنه وطء فى نكاح قد تشعث (والثانى) لا يجب لأن بالرجعة والاسلام قد زال التشعث، فصار كما لو لم تطلق ولم يرتد. وحمل ابو العباس وابو اسحاق المسألتين على ظاهرهما فقالا فى الرجعة: يجب المهر، وفى المرتد لا يجب، لأن بالإسلام صار كأن لم يرتد، وبالرجعة لا يصير كأن لم تطلق لأن ما وقع من الطلاق لم يرتفع، ولأن أمر المرتد مراعى، فإذا رجع الى الاسلام تبينا أن النكاح بحاله، ولهذا لو طلق وقف طلاقه، فإن أسلم حكم بوقوعه، وإن لم يسلم لم يحكم بوقوعه، فاختلف أمرها فى المهر بين أن يرجع إلى الاسلام وبين أن لا يرجع، وأمر الرجعية غير مراعى، ولهذا لو طلق لم يقف طلاقه على الرجعة، فلم يختلف أمرها فى المهر بين أن يراجع و بين أن لا يراجع فإذا وطئها وجب عليها العدة لأنه كوطء الشبهة. ويدخل فيه بقية العدة الاولى لأنهما من واحد.

(الشرح) أخرج ابو داود والنسائى عن ابن عباس فى قوله تعالى «والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء، ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن» الآيه. وذلك ان الرجل كان اذا طلق امرأته فهو أحق برجعتها، وان طلقها ثلاثاً فنسخ ذلك: الطلاق مرتان وفى إسناده علي بن الحسين بن واقد وفيه مقال وقال الشافعى رضى الله عنه فى قوله تعالى «إن أرادوا إصلاحا» فقال: إصلاح الطلاق الرجعة والله أعلم، فمن أراد الرجعة فهى له لان الله تبارك و تعالى جعلها له قال الشافعى: فأيما زوج حر طلق امرأته بعدما يصيبها واحدة أو اثنتين فهو أحق برجعتها ما لم تنقض عدتها بدلالة كتاب الله عز وجل ثم سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم؛ فإن ركانة طلق امرأته البتة ولم يرد الا واحدة، فردها اليه رسول الله صلى الله عليه وسلم، وذلك عندنا فى العدة اه

وقوله «قد تشعث» مأخوذ من شعث الشعر وبابه تعب أى تغير وتلبد لقلة تعهده بالدهن. والشعث أيضا الوسخ. وهو أشعث أغبر، أى من غير استحداد ولا تنظف. والشعث أيضا الانتشار والتفرق، وفى الدعاء «لم الله شعثكم» أى جمع أمركم.

إذا ثبت هذا فإذا طلق الرجل المدخول بها ولم يستوف ما يملك عليها من عدد الطلاق ، وكان الطلاق بغير عوض ، فله أن يراجعها قبل انقضاء عدتها . والاصل فيه قوله تعالى « والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ـ الى قوله ـ وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك إن أرادوا إصلاحا . فقوله : بردهن ، يعنى برجعتهن . وقوله « ان أرادوا اصلاحا» أى اصلاح ماتشعب من النكاح بالرجعة وقوله تعالى « الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فأخبر أن من طلق طلقتين فله الامساك وهو الرجعة وله التسريح وهى الثالثة .

وقوله تعالى « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ـ الى ـ لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » والامساك هو الرجعة

وقوله « لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً » يعنى الرجعة ، وقد طلق النبى صلى الله عليه حفصة ثم راجعها ، وطلق ابن عمر امرأته وهى حائض فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يراجعها . وروينا أن ركانة بن عبد يزيد قال : يارسول الله إنى طلقت امرأتى سهيمة البتة . والله ما أردت الا واحدة ، فقال النبى (ص) والله ما أردت الا واحدة ؟ فقال ركانه ما أردت الا واحدة ، فردها النبى (ص) عليه . والرد هو الرجعه . وقد أجمعت الامه على جواز الرجعه فى العدة .

إذا ثبت هذا فقد قال الله تعالى فى آية « فإذا بلغن اجلهن فأمسكوهن » وقال فى آية اخرى « فإذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن » وحقيقة البلوغ هو الوصول الى الشىء ، إلا ان سياق الكلام يدل على اختلاف البلوغين فى الاثنتين ، فالمراد بالبلوغ بقوله تعالى « فإذا بلغن اجلهن فأمسكوهن بمعروف » اى اذا قارن البلوغ ، فسمى المقاربه بلوغا مجازا : لأنه يقال : إذا قارب الرجل بلوغ بلد بلغ فلان بلد كذا مجازاً او بلغها اذا وصلها حقيقة والمراد بالآيه الاخرى « اذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن » اذا انقضى اجلهن .

وان انقضت عدتها لم تصح الرجعه لقوله تعالى : وبعولتهن احق بردهن فى ذلك ان ارادوا اصلاحا . اى فى وقت عدتهن ، وهذا ليس بوقت عدتهن . وقوله تعالى « فإذا بلغن اجلهن فلا تعضلوهن ان ينكحن ازواجهن » فنهى

الأولياء عن عضلهن عن النكاح ، فلو صحت رجعتهن لما نهى الأولياء عن عضلهن عن النكاح . وإن طلق امرأته قبل الدخول لم يملك الرجعة عليها لقوله تعالى « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك » فخص الرجعة بوقت العدة . ومن لم يدخل بها فلا عدة عليها فلم يملك عليها الرجعة .

(مسألة) وللزوج أن يطلق الرجعية فى عدتها ويولى منها ويظاهر . هذا نقل البغداديين .

وقال المسعودى : هل يصح إيلاؤه من الرجعية ؟ فيه وجهان . وهل له أن يخالعها ؟ فيه قولان (أحدهما) يصح لبقاء أحكام الزوجية بينهما (والثانى) لا يصح لأن الخلع للتحريم وهى محرمة عليه . وإن مات أحدهما قبل انقضاء العدة ورثه الآخر لبقاء أحكام الزوجيه بينهما وهذا من أحكامها ، ويحرم عليه وطؤها والاستمتاع بها والنظر اليها بشهوة وغير شهوة . وبه قال عطاء ومالك وأكثر الفقهاء . وقال ابو حنيفة وأصحابه يجوز له وطؤها . وعن احمد روايتان إحداها كقولنا والأخرى كقول ابى حنيفه .

دليلنا ما رواه مسلم وغيره أن ابن عمر طلق امرأته وكان طريقه إلى المسجد على مسكنها ، فكان يسلك طريقاً آخر حتى راجعها ، ولأنه سبب وقعت به الفرقة فوقع به التحريم كالفسخ والخلع والطلاق قبل الدخول . فإن خالف ووطئها لم يجب عليهما الحد ، سواء علما تحريمه أو لم يعلما ، لأنه وطء مختلف فى إباحته فلم يجب به الحد ، كما لو تزوج امرأة بغير ولى ولا شهود ووطئها . وأما التعزير — فإن كانا عالمين بتحريمه بأن كانا شافعيين يعتقدان تحريمه عزرا لأنهما أتيا محرماً مع العلم بتحريمه . وإن كانا غير عالمين بتحريمه بأن كانا حنفيين أو كانا جاهلين لا يعتقدان تحريمه أو لا يريان تحريمه لم يعزرا . وإن كان أحدهما عالما بتحريمه والآخر جاهلا بتحريمه عزر العالم بتحريمه دون الجاهل به . وإن اتت منه بولد لحقه نسبه بكل حال للشبهة .

وأما مهر المثل فهل يلزمه ؟ ينظر فيه فإن لم يراجعها حتى انقضت عدتها فلها عليه مهر المثل بكل حال . وكذلك إذا اسلم أحد الحربيين بعد الدخول فوطئها الزوج فى عدتها فانقضت عدتها قبل اجتماعهما على الإسلام فلها عليه مهر مثلها

لهذا الوطء ، لأن العدة لما انقضت قبل اجتماعهما على النكاح تبينا أنه وطء أجنبية منه ، فهو كما لو وطىء أجنبية بشبهة ، وإن راجعها قبل انقضاء العدة أو اجتمعا على الإسلام قبل انقضاء العدة فقد قال الشافعى : إن للرجعية مهر مثلها وقال فى الزوجية : إذا أسلم أحدهما ووطئها قبل انقضاء عدتها وقبل الإسلام ثم أسلم الآخر قبل انقضاء العدة أنه لا مهر لها ، وكذا قال فى المرتد : إذا وطىء امرأته فى العدة ثم أسلم قبل انقضاء العدة لا مهر عليه . واختلف أصحابنا فيه . فمنهم من قال فى الجميع قولان

(أحدهما) يجب عليه مهر مثلها لأنه وطء فى نكاح قد تشعث ، فهو كما لو لم يراجعها ولم يجتمعا على الإسلام .

(والثانى) لا يجب عليه ، لأن الشعث زال بالرجعة والاسلام . ومنهم من حملها على ظاهرها ، فإن راجعها فى الردة من أحدهما فالصحيح من مذهبنا أنه لا يصح ، وبه قال أحمد وأصحابه ، لأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح مع الردة كالنكاح . ولأن الرجعة تقرير للنكاح والردة تنافى ذلك فلم يصح اجتماعهما ، وقال المازنى ماحاصله : إن قلنا تتعجل الفرقة بالردة لم تصح الرجعة لأنها قد بانت بها ، وإن قلنا لا تتعجل الفرقة فالرجعة موقوفة إن أسلم المرتد منهما فى العدة صحت الرجعة : لأننا تبينا أن الفرقة وقعت قبل الرجعة . وهذا قول أصحاب احمد واختيار أبى حامد الاسفرايينى من أصحابنا . وهكذا ينبغى ان يكون فيما اذا راجعها بعد إسلام أحدهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وتصح الرجعة من غير رضاها لقوله عز وجل « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك » ولا تصح الرجعة إلا بالقول ، فإن وطئها لم يكن ذلك رجعة لاستباحة بضع مقصود يصح بالقول ، فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح وإن قال : راجعتك أو ارتجعتك صح ، لأنه وردت به السنة ، وهو قوله صلى الله عليه وسلم « مر ابنك فليراجعها» فإن قال رددتك صح . لأنه ورد به القرآن وهو قوله عز وجل « وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك »

وإن قال أمسكتك ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول ابي سعيد الاصطخري انه يصح لأنه ورد به القرآن، وهو قوله عز وجل «فأمسكوهن بمعروف» (والثاني) انه لا يصح، لأن الرجعة رد، والامساك يستعمل في البقاء والاستدامة دون الرد.

وإن قال تزوجتك أو نكحتك ففيه وجهان (أحدهما) يصح لأنه اذا صح به النكاح وهو ابتداء الاباحة فلأن تصح به الرجعة وهو إصلاح ما تشعث منه أولى (والثاني) لا يصح لأنه صريح في النكاح، ولا يجوز أن يكون صريحا في حكم آخر من النكاح؛ كالطلاق لما كان صريحا في الطلاق لم يجز أن يكون صريحا في الظهار. وإن قال راجعتك للمحبة وقال أردت به مراجعتك لمحبتي اياك صح. وان قال راجعتك لهوانك وقال أردت به أني راجعتك لأهينك بالرجعة صح، لأنه أتى بلفظ الرجعة وبين سبب الرجعة وإن قال لم أرد الرجعة وانما أردت أني كنت أحبك قبل النكاح، او كنت أهينك قبل النكاح فرددتك بالرجعة الى الحب او كنت قبل النكاح، أو الاهانة التي كانت قبل النكاح، قبل قوله لأنه يحتمل ما يدعيه.

(الشرح) تصح الرجعة من غير ولي وبغير رضاها وبغير عوض لقوله تعالى «وبعولتهن أحق بردهن في ذلك» فجعل الزوج احق بردها، فلو افتقر الى رضاها لكان الحق لها، ولا تصح الرجعة الا بالقول من القادر عليه. أو بالاشارة من الاخرس. فأما اذا وطئها أو قبلها او لمسها فلا يكون ذلك رجعة، سواء نوى به الرجعة او لم ينو.

وبه قال ابو قلابه وابو ثور، وقال سعيد بن المسيب والحسن البصري وابن سيرين والاوزاعي وابن ابي ليلى وابو حنيفه واصحابه وبعض اصحاب احمد: تصح الرجعه بالوطء، سواء نوى به الرجعه او لم ينو

وقال ابو حنيفه: اذا قبلها بشهوة او لمسها او نظر الى فرجها بشهوة وقعت به الرجعه، وقال مالك واسحاق: اذا وطئها ونوى به الرجعه كان رجعه. وان لم ينو به الرجعه لم يكن رجعه، دليلنا انها جاريه الى بينونه فلم يصح امساكها بالوطء كما لو أسلم احد الحربيين وجرت الى بينونه فلم يصح امساكها بالوطء، ولأن

استباحة بضع مقصود يصح بالقول فلم يصح بالفعل مع القدرة على القول كالنكاح فقولنا بضع مقصود ، احتراز ممن باع جارية ووطئها فى مدة الخيار . وقولنا يصح بالقول احتراز من السبي ، فإنه لا يصح بالقول وإنما يصح بالفعل وقولنا عمن يقدر عليه احتراز عمن يكون أخرس

إذا ثبت هذا وقال رددتك صح ، لقوله صلى الله عليه وسلم لعمر « مر ابنك فليراجعها » وهل من شرطه أن يقول الى النكاح ؟ فيه وجهان حكاهما المسعودى المشهور أن ذلك ليس بشرط ، وانما هو تأكيد

وإن قال أمسكتك — قال الشيخ ابو حامد :— فهل ذلك صريح فى الرجعة أو كناية ؟ فيه وجهان ، وحكاهما القاضى ابو الطيب قولين (أحدهما) انه صريح فى الرجعة ، لأن القرآن ورد به ، وهو قوله تعالى « فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف » وأراد به الرجعة (والثانى) انه ليس بصريح إنما هو كناية لأنه استباحة بضع مقصود فى عينه فلم يصح الا بلفظتين كالنكاح .

وأما المصنف فقد جعل صحة الرجعة به على وجهين ولم يذكر الصريح ولا الكناية وإن قال تزوجتك أو نكحتك أو عقد عليها النكاح فهل يصح ؟ فيه وجهان : (أحدهما) لا يصح لأن عقد الرجعة لا يصح بالكنايه والنكاح كناية . ولأن النكاح لا يعرى عن عوض والرجعة لا تتضمن عوضاً فلم ينعقد أحدهما بلفظ الآخر كالهبة لا تنعقد بلفظ البيع .

(والثانى) يصح ، لأن لفظ النكاح والتزويج آكد من الرجعة لأنه تستباح به الأجنبيه ، فإذا استباح بضعها بلفظ الرجعه فبى لفظ النكاح والتزويج أولى . بيد انى رأيت ان الرجعه اسم اشتهر بين اهل العرف كاشتهار اسم الطلاق فيه ، فانهم يسمونها رجعة والمرأة رجعيه ، ويتخرج ان يكون لفظها هو الصريح وحده والله أعلم

(فرع) فان قال راجعتك أمس كان إقراراً برجعتها وهو يملك الرجعة قبل إقراره فيها . وان قال راجعتك للمحبه أو للاهانة سئل عن ذلك . فإن قال أردت بقولى للمحبة لأنى كنت أحبها فى النكاح فراجعتها الى النكاح لاردها الى تلك المحبة ، أوكنت أهينها فى النكاح فراجعتها الى النكاح والى تلك الاهانة أو ألحقتها

بالطلاق إهانه فراجعتها الى النكاح لأرفع عنها تلك الإهانة ، صحت الرجعه لأنه قد راجعها وبين العلة التي راجعها لأجلها .

وإن قال لم أرد الرجعه الى النكاح وانما أردت أنى كنت أحبها قبل النكاح فلما نكحتها بغضتها فرددتها بالطلاق الى تلك المحبه قبل النكاح ، أوكنت أهينها قبل النكاح فلما نكحتها زالت تلك الاهانه ، فرددتها بالطلاق الى تلك الإهانه ، لم تصح الرجعه ، لانه أخبر انه لم يردها الى النكاح ، وانما بين المعنى الذى لأجله طلقها ، وان ماتت قبل ان يبين حكم بصحة الرجعه لأنه يحتمل الأمرين ، والظاهر أنه اراد الرجعه الى النكاح لأجل المحبه أو لأجل الاهانه ، وهذا هو مذهب احمد بن حنبل رضى الله عنه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وهل يجب الاشهاد عليها ؟ فيه قولان (أحدهما) يجب لقوله عز وجل « فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم » ولأنه استباحة بضع مقصود فلم يصح من غير اشهاد كالنكاح (والثانى انه مستحب لأنه لا يفتقر الى الولى فلم يفتقر الى الاشهاد كالبيع

(فصل) ولا يجوز تعليقها على شرط ، فإن قال راجعتك ان شئت فقالت شئت لم يصح ، لأنه استباحة بضع فلم يصح تعليقه على شرط كالنكاح ؛ ولا يصح فى حال الردة .

وقال المزنى : انه موقوف فإن أسلمت صح ، كما يقف الطلاق والنكاح على الاسلام . وهذا خطأ لانه استباحة بضع فلم يصح مع الردة كالنكاح ، ويخالف الطلاق ، فإنه يجوز تعليقه على الشرط ؛ والرجعه لا يصح تعليقها على الشرط وأما النكاح فانه يقف فسخه على الاسلام وأما عقده فلا يقف والرجعه كالعقد فيجب أن لا تقف على الاسلام

(فصل) وان اختلف الزوجان فقال الزوج : راجعتك وأنكرت المرأة فان كان ذلك قبل انقضاء العدة فالقول قول الزوج ، لأنه يملك الرجعه فقبل اقراره فيها كما يقبل قوله فى طلاقها حين ملك الطلاق ، وان كان بعد انقضاء العدة

فالقول قولها لأن الأصل عدم الرجعة ووقوع البينونة ، وإن اختلفا فى الاصابة فقال الزوج أصبتك فلى الرجعة وأنكرت المرأة فالقول قولها لأن الأصل عدم الاصابة ووقوع الفرقة .

(الشرح) قوله : وهل تصح الرجعة من غير شهادة الخ ، فجملة ذلك أنه فيه قولان (أحدهما) لا تصح الرجعة إلا بحضور شاهدين لقوله تعالى « فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف ، وأشهدوا ذوى عدل منكم » فأمر بالاشهاد على الرجعة والأمر يقتضى الوجوب ، ولأنه استباحة بضع مقصود فكانت الشهادة شرطاً فيه كالنكاح ، وهذا إحدى الروايتين عن أحمد

(والقول الثانى) تصح من غير شهـادة : وهو اختيار أبى بكر من الحنابلة وإحدى الروايتين عن أحمـد ، وهو قول مالك وأبى حنيفة ، لأنها لا تفتقر الى قبول فلم تفتقر الى شهادة كسائر حقوق الزوج ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر عمر أن يأمر ابنه بمراجعتها ولم يأمره بالاشهـاد ، فلو كان شرطاً لأمر به ، ولأنه لا يفتقر إلى الولى فلم يفتقر إلى الاشهاد كالبيع والهبـة وعكسه النكاح . والآية محمولة على الاستحباب

قال ابن قدامة من الحنابلة : ولا خلاف بين أهل العلم فى أن السنة الاشهاد . فإن قلنا هى شرط فإنه يعتبر وجودها حال الرجعة ، فإن ارتجع بغير شهادة لم يصح لأن المعتبر وجودها فى الرجعة دون الاقرار بها ، إلا أن يقصد بذلك الاقرار الارتجاع فيصح .

(مسألة) قوله : ولا يجوز تعليقها على شرط الخ ، فقد قال الشـافعى رضى الله عنه فى الأم : وإن قال : راجعتك إن شئت فقالت فى الحال شئتُ ، لم تصح الرجعة ، لأنه عقد يستبيح به البضع فلم يصح تعليقه على صفة كالنكاح . وقال أيضاً : وإن قال لها كلما طلقتك فقد راجعتك لم تصح الرجعة ، لأنه علق الرجعة على صفة فلم تصح ؛ كما لو قال راجعتك إذا قدم زيد ، ولأنه راجعها قبل أن يملك الرجعة عليها فلم يصح ، كما لو قال لأجنبية طلقتك إذا نكحتك .

وإن طلق الرجل امرأته طلاقا رجعياً فارتدت المرأة ثم راجعها الزوج فى

حال ردتها لم تصح الرجعة ، فإن انقضت عدتها قبل أن ترجع الى الاسلام بانت باختلاف الدين . وإن رجعت الى الاسلام قبل انقضاء عدتها افتقر الى استئناف الرجعة .

وقال المزنى: تكون الرجعة موقوفة كما لو طلقها فى الردة . وهذا خطأ لأنه عقد استباحة بضع مقصود فلم يصح فى حال الردة كالنكاح . ويخالف الطلاق فإنه يصح تعليقه على الخطار والغرر ، وكما أنه لا تصح الرجعة فى ردتها فكذلك لا تصح فى ردته كالنكاح ، لأن الرجعة تقرير للنكاح ، والردة تنافى ذلك ، فلم يصح اجتماعهما .

(مسألة) إذا قال الزوج راجعتك وأنكرت المرأة ، فان كان قبل انقضاء عدتها فالقول قول الزوج ، لأنه يملك الرجعة فملك الاقرار بها كالزوج اذا أقر بطلاق زوجته . وان انقضت عدتها فقال الزوج : كنت راجعتك قبل انقضاء عدتك . وقالت الزوجة بل انقضت عدتى قبل ان يراجعنى — ولا بينة للزوج — فقد نص الشافعى على أن القول قول الزوجة مع يمينها . وكذا قال فى الزوج اذا ارتد بعد الدخول ثم رجع الى الاسلام ، وقال رجعت الى الاسلام قبل انقضاء عدتك ، وقالت : بل انقضت عدتى قبل أن يرجع إلى الاسلام ، فالقول قول الزوجة . وقال فى نكاح المشركات : اذا أسلمت الزوجة بعد الدخول وتخلف الزوج ثم أسلم ، فقال الزوج : أسلمت قبل انقضاء عدتك ، وقالت الزوجه : بل أسلمت بعد انقضاء عدتى فالقول قول الزوج

واختلف أصحابنا فى هذه المسائل على ثلاث طرق ، فمنهم من قال : فى الجميع قولان . وهو اختيار القاضيين أبى حامد وأبى الطيب ، أحدهما القول قول الزوج لأن الزوجة تدعى أمراً يرفع النكاح ، والزوج ينكره فكان القول قوله ، لأن الاصل بقاء النكاح .

والثانى أن القول قول الزوجه ، لأن الظاهر حصول البينونه وعدم الرجعة والاسلام . والطريق الثانى : ان أظهر الزوج أولا الرجعة أو الاسلام ثم قالت الزوجه بعد ذلك : قد كانت عدتى انقضت قبل ذلك ، فالقول قول الزوج . لانها ما دامت لم تظهر انقضاء العدة فالظاهر أن عدتها لم تنقض .

وإن أظهرت الزوجة انقضاء العدة أولا ثم قال الزوج كنت راجعتك وأسلمت قبل انقضاء العدة فالقول قولها ، لأنها إذا أظهرت انقضاء عدتها في وقت يمكن انقضاؤها فيه فالظاهر أنها بانت ، فاذا ادعى الزوج الرجعة والاسلام قبله كان القول قولها لأن الأصل عدم ذلك . وإن أظهر الزوج الرجعة أو الاسلام في الوقت الذى أظهرت فيه انقضاء العدة ولم يستو أحدهما مع الآخر ففيه وجهان من أصحابنا من قال يقرع بينهما لاستوائهما في الدعوى . ومنهم من قال لا يقرع بينهما بل لا تصح الرجعة ولا يجمع بينهما في النكاح ، لأنه يمكن تصديق كل واحد منهما بأن يكون قد راجعها أو أسلم في الوقت الذى انقضت فيه عدتها ، فلم يصح اجتماعهما على النكاح ، كما لو قال لامرأته : إن مت فأنت طالق فانها لا تطلق بموته .

والطريق الثالث وهو اختيار أبي على الطبرى أن قول كل واحد منهما مقبول فيما اتفقا عليه . فان اتفقا أنه راجع أو أسلم في رمضان فقالت الزوجة إلا أن عدتى انقضت في شعبان وأنكرها الزوج فالقول قول الزوج ، لأن الاصل بقاء العدة وإن اتفقا أن عدتها انقضت في رمضان إلا أن الزوج ادعى أنه كان راجعها أو أسلم في شعبان وأنكرت الزوجة ذلك فالقول قولها ، لأن الاصل عدم الرجعة والاسلام . وإذا ادعت انقضاء عدتها في أقل من شهر لم يقبل قولها في أقل من اثنين وثلاثين يوما ولحظتين . ولا يقبل في أقل من ذلك بحال ، لأنه لا يتصور عندنا أقل من ذلك .

وعند أحمد وأصحابه لا يقبل قولها في أقل من شهر إلا ببينة . لأن شريحا قال : إذا ادعت أنها حاضت ثلاث حيض في شهر واحد وجاءت ببينة من النساء العدول من بطانة أهلها ممن يرضى صدقه وعدله أنها رأت ما يحرم عليها الصلاة من الطمث وتغتسل عند كل قرء وتصلي فقد انقضت عدتها والا فهي كاذبة . وقال له على بن أبي طالب « قالون » ومعناه بالرومية أصبت أو أحسنت . فأخذ أحمد بشهر على في الشهر

فان ادعت ذلك في أكثر من شهر صدقها على حديث « ان المرأة أؤتمنت على فرجها » ولأن حيضها في الشهر ثلاث حيض يندر جداً فرجح ببينة ، ولا يندر

فيما زاد على الشهر كندرته فيه فقبل قولها من غير بينة . وقال أبو حنيفة : لا تصدق فى أقل من ستين يوما . وقال صاحباه : لا تصدق فى أقل من تسعة وثلاثين يوما ، لأن أقل الحيض عندهم ثلاثة أيام ، فثلاث حيض تسعة أيام وطهران ثلاثون يوما ، والخلاف فى هذا ينبنى على الخلاف فى أقل الحيض وأقل الطهر .

وان ادعت انقضاء عدتها بوضع الحمل فلا يخلو إما أن تدعى وضع الحمل التام أو أنها أسقطته لم يقبل قولها فى أقل من ثمانين يوما من حين إمكان الوطء بعد عقد النكاح ، لأن أقل سقط تنقضى به العدة ما أتى عليه ثمانون يوما ، لأنه يكون نطفة أربعين يوما ثم يصير مضغة بعد الثمانين ولا تنقضى به العدة قبل أن يصير مضغة بحال ، وهذا قول احمد بن حنبل وأصحابه

(فرع) إذا طلق امرأته طلقة أو طلقتين فقال : طلقتك بعد أن أصبتك فعليك العدة ولى عليك الرجعة ولك السكنى والنفقة وجميع المهر . وقالت الزوجة بل طلقنى قبل الإصابة ، فالقول قول الزوجه مع يمينها ، لأن الظاهر وقوع الفرقة بالطلاق والاصل عدم الاصابة .

إذا ثبت هذا فإنها اذا حلفت فلا عدة عليها ولا رجعة ، ولا يجب لها نفقة ولا سكنى ، لأنها لا تدعى ذلك ، وان كان مقرآ لها به . وأما المهر فإن كان فى يد الزوج لم تأخذ الزوجة منه الا النصف لأنها لا تدعى أكثر منه ، وان كان الزوج مقرآ بالجميع . وان كان الصداق فى يد الزوجة لم يرجع الزوج عليها بشىء لأنه لا يدعيه وان نكلت عن اليمين لحلف ثبت له الرجعة عليها .

فأما النفقة والسكنى فالذى يقتضى المذهب أنها لا تستحقه لأنها لا تدعيه . وإن قال الزوج طلقتك قبل الاصابة فلا رجعة لى عليك ولا نفقة ولا سكنى لك ولك نصف المهر . وقالت المرأة بل طلقتنى بعد الاصابة فلك الرجعة ولى عليك النفقه والسكنى وجميع المهر ، فالقول قول الزوج مع يمينه ، لأن الاصل عدم الإصابة . إذا ثبت هذا فانه لا رجعة له عليها ، سواء حلف أو لم يحلف ، لأنه

أقر بأنه لا يستحق ذلك ، ويجب عليها العدة لأنها مقرة بوجوبها عليها ، وأما النفقة والسكنى — فان حلف أنه طلقها قبل الاصابة — لم تستحق عليه النفقة والسكنى ، وإن نكل عن اليمين فحلفت استحقت ذلك عليه ، وأما المهر فإن حلف لم يستحق عليه إلا نصفه سواء كان بيده أو بيدها ، وإن نكل عن اليمين وحلفت استحقت جميع المهر ، وهذا إذا لم يثبت بالبينة أو بإقرار الزوج انه قد خلا بها . وأما إذا ثبت بالبينة أو بإقرار انه قد كان خلا بها فعلى القول الجديد لا تأثير للخلوة .

وقال فى القديم : للخلوة تأثير ، فن أصحابنا من قال : أراد انه يرجح بها قول من ادعى الاصابة منهما . ومنهم من قال : بل الخلوة كالاصابة ، وقد مضى بيـان ذلك .

(فرع) قال فى الأم : إذا قال قد أخبرتنى بانقضاء عدتها ثم قالت بعد هذا ما كانت عـدتى منقضية فالرجعة صحيحة لانه لم يقر بانقضاء العدة ، وإنما أخبر عنها ، فإذا أنكرت ذلك فقد كذبت نفسها وكانت الرجعة صحيحة .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) فإن طلقها طلقة رجعية وغاب الزوج وانقضت العدة وتزوجت ثم قدم الزوج وادعى أنه راجعها قبل انقضاء العدة ، فله أن يخاصم الزوج الثانى وله أن يخاصم الزوجة ، فإن بدأ بالزوج نظرت فإن صدقه سقط حقه من النكاح ولا تسلم المرأة اليه ، لأن إقراره يقبل على نفسه دونها ، وان كذبه فالقول قوله مع يمينه ، لان الاصل عدم الرجعة ، فان حلف سقط دعوى الاول ، وان نكل ردت اليمين عليه ، فان حلف وقلنا إن يمينه مع نكول المدعى عليه كالبينة حكمنا بأنه لم يكن بينهما نكاح ، فان كان قبل الدخول لم يلزمه شىء ، وإن كان بعد الدخول لزمه مهر المثل وان قلنا انه كالاقرار لم يقبل إقراره فى اسقاط حقها ، فان دخل بها لزمه المسمى ، وان لم يدخل بها لزمه نصف المسمى . ولا تسلم المرأة الى الزوج الاول على القولين ، لأنا جعلناه كالبينة أو كالإقرار فى حقه دون حقها . وإن بدأ بخصومة الزوجة فصدقته لم تسلم اليه ، لأنه لا يقبل

إقرارها على الثانى كما لا يقبل إقراره عليها ، ويلزمها المهر لأنها أقرت أنها حالت بينه وبين بضعها ، فان زال حق الثانى بطلاق أو فسخ أو وفاة ردت الى الى الاول لان المنع لحق الثانى وقد زال . وإن كذبته فالقول قولها . وهل تحلف على ذلك ؟ فيه قولان :

(أحدهما) لا تحلف لأن اليمين تعرض عليها لتخاف فتقر . ولو أقرت لم يقبل إقرارها فلم يكن فى تحليفها فائدة

(والثانى) تحلف لأن فى تحليفها فائدة ، وهو أنها ربما أقرت فيلزمها المهر وإن حلفت سقطت دعواه ، وإن نكلت ردت اليمين عليه ، فاذا حلف حكم له بالمهر .

(فصل) اذا تزوجت الرجعية فى عدتها وحبلت من الزوج ووضعت وشرعت فى إتمام العدة من الأول وراجعها صحت الرجعة لأنه راجعها فى عدته فان راجعها قبل الوضع ففيه وجهان : أحدهما لا يصح لأنها فى عدة من غيره فلم يملك رجعتها ، والثانى يصح بما بقى عليها من عدته لأن حكم الزوجية باق وانما حرمت لعارض فصار كما لو أحرمت

(الشرح) تصح الرجعة من غير علم الزوجه ، لأن مالا يفتقر الى رضاها لم تفتقر صحته الى علمها كالطلاق .

اذا ثبت هذا فان انقضت عدتها فتزوجت بآخر وادعى الزوج الاول أنه كان راجعها قبل انقضاء العدة منه ، وقال الزوج الثانى بل انقضت عدتها قبل أن يراجعها نظرت فان أقام الزوج الاول بينة أنه راجعها قبل انقضاء عدتها منه حكم بتزويجها الأول وبطل نكاح الثانى ، سواء دخل بها أو لم يدخل وبه قال على بن ابى طالب وأكثر الفقهاء .

وقال مالك : ان دخل بها الثانى فهو أحق بها ، وان لم يدخل بها الثانى ففيه روايتان ، احداهما أنه أحق بها ، والثانى أن الاول أحق بها . وروى ذلك عن عمر رضى الله عنه . دليلنا قوله تعالى (حرمت عليكم أمهاتكم - الى قوله تعالى - والمحصنات من النساء ، والمحصنة من لها زوج ، وهذه لها زوج وهو الاول ،

فلم يصح نكاح الثانى . إذا ثبت هذا — فإن كان الثانى لم يدخل بها — فرق بينهما ولا شىء عليه ، وإن دخل بها فرق بينهما وعليه مهر مثلها وعليها العدة ، لأنه وطء شبهة ، ولا تحل للأول حتى تنقضى عدتها من الثانى ، وإن لم يكن مع الأول بينة فله أن يخاصم الزوج الثانى ، وله أن يخاصم الزوجة الأولى أو يبتدىء بخصومة الثانى لأنه أقرب ، فإن بدأ بخصومة الثانى نظرت فى الثانى فإن أنكر وقال لم يراجعها إلا بعد انقضاء عدتها فالقول قول الثانى مع يمينه ، لأن الأصل عدم رجعة الأول ، وكيف يحلف ؟

قال الشيخ أبو حامد فى التعليق : يحلف أنه لم يراجعها فى عدتها . وقال ابن الصباغ فى الشامل : يحلف أنه لم يعلم أنه راجعها فى عدتها ، لأنه يحلف على نفى فعل غيره ، وهذا أقيس ، فان حلف الثانى سقطت دعوى الأول عنه ، وإن نكل الثانى عن اليمين ردت اليمين على الأول ، فان حلف أنه راجعها قبل انقضاء عدتها منه سقط حق الثانى من نكاحها ، لأن يمين الأول كبينة أقامها فى أحد القولين . أو كإقرار الثانى بصحة رجعة الأول ، وذلك يتضمن إسقاط حق الثانى منها فان صدقت الزوجة الأول على صحة رجعته سلمت اليه ، فان كان الثانى لم يدخل بها فلا شىء عليه وتسلم الزوجة فى الحال . وإن كان الثانى دخل بها استحقت عليه مهر مثلها ولا تسلم الى الأول الا بعد انقضاء عدتها من الثانى .

وإن أنكرت الزوجة صحة الرجعة من الأول — فان قلنا إن يمين الأول كبينة أقامها الأول — كان كأن لم يكن بين الثانى وبينها نكاح ، فان كان قبل الدخول فلا شىء لها عليه ، وإن كان بعد الدخول فلها عليه مهر مثلها

وإن قلنا إن يمين الأول يكذبه إقرار الثانى فلا يقبل إقراره فى إسقاط حقها بل إن كان قبل الدخول لزمه نصف مهرها المسمى ، وإن كان بعد الدخول لزمه جميع المسمى ، ولا تسلم المرأة إلى الأول على القولين ، لأن يمين الأول كبينة أقامها أو كإقرار الثانى فى حق الثانى لا فى حقها .

وإن صدق الثانى الاول أنه راجعها قبل انقضاء عدته — فإن صدقته المرأة أيضا كان كما لو أقام الاول البينة ، فان كان قبل الدخول فلا شىء لها على الثانى ، وتسلم الزوجة الى الاول فى الحال ، وان كان بعد الدخول فلها على الثانى مهر مثلها

وله عليها العدة ولا تسلم إلى الاول إلا بعد انقضاء عدتها من الثانى ؛ وإن أنكرت الزوجه صحه رجعه الاول بعد أن صدقه الثانى فالقول قولها مع يمينها ، لأن الاصل عدم الرجعه ، ويحكم بانفساخ نكاح الثانى ، لأنه أقر بتحريمها ، فإن كان قبل الدخول لزمه نصف المسمى ، وان كان بعد الدخول لزمه جميع المسمى ؛ وان بدأ الزوج الاول بالخصومه مع الزوجه نظرت فإن صدقته لم يقبل إقرارها لتعلق حق الثانى بها ـ وهل يلزمها المهر الأول ؟ فيه وجهان حكاهما ابن الصباغ

(أحدهما) لا يلزمها له شىء ، لأن إقرارها لم يقبل بحق الثانى ، فلم يلزمها غرم كما لو ارتدت أو قتلت نفسها

(والثانى) ولم يذكر المحاملى والشيخ أبو إسحاق هنا غيره أنه يلزمها الأول المهر لانها فوتت بضعها عليه بالنكاح الثانى ؛ فهو كما لو شهد عليه شاهدان أنه طلقها ثم رجعا عن شهادتهما فإنه يجب عليهما ؛ فكذلك هذا مثله ؛ وان أنكرت فالقول قولها لان الاصل عدم الرجعه ، وهل يلزمها أن تحلف ؟ قال الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق : فيه قولان

(أحدهما) لا يلزمها أن تحلف ، لان اليمين انما تعرض لتخاف فتقر ، ولو أقرت لم يقبل إقرارها الأول بحق الثانى فلا فائدة فى ذلك

(والثانى) يلزمها أن تحلف ، لانه ربما خافت من اليمين فأقرت بصحه رجعه الاول فلزمها له المهر . قال ابن الصباغ : يبنى على الوجهين ، اذا أقرت الأول ، فان قلنا هناك يلزمها له المهر لزمها أن تحلف له لجواز أن تخاف فتقر فيلزمها المهر . وان قلنا لا يلزمها المهر لم يلزمها أن تحلف لانه لا فائدة فى ذلك ، فان قلنا لا يمين عليها فلا كلام . وان قلنا عليها اليمين ، فان حلفت سقطت دعوى الزوج عنها ؛ وان نكلت ردت اليمين على الاول ، فاذا حلف احتمل أن يبنى على القولين فى يمين المدعى مع نكول المدعى عليه .

فان قلنا انها كالبينه لزمها المهر الأول ، وان قلنا انها كالاقرار فهل يلزمها المهر الأول ؟ على الوجهين اللذين حكاهما ابن الصباغ ، ولا تسلم الزوجه الى الأول مع انكار الثانى على القولين ، لانها كالبينه أو كالإقرار فى حق المتداعيين وهما الزوج الاول والزوجه لا فى حق الثانى وكل موضع قلنا لا تسلم المرأة الى

الأول إذا أقرت له بحق الثانى فزالت زوجية الثانى بموته أو طلاقه ، وسلمت الى الاول بعد انقضاء عدة الثانى منها . لأن المنع من تسليمها الى الأول لحق الثانى وقد زال .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا طلق الحر امرأته ثلاثاً أو طلق العبد امرأته طلقتين حرمت عليه ولا يحل له نكاحها حتى تنكح زوجا غيره ويطأها . والدليل عليه قوله عز وجل (فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره) وروت عائشة رضى الله عنها أن رفاعة القرظى طلق امرأته بت طلاقها فتزوجها عبد الرحمن بن الزبير فجاءت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انى كنت عند رفاعة وطلقنى ثلاث تطليقات فتزوجنى عبد الرحمن بن الزبير وإنه والله ما معه يارسول الله إلا مثل هذه الهدبة ، فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : لعلك تريدين أن ترجعى إلى رفاعة ، لا والله حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك : ولا تحل إلا بالوطء فى الفرج ، فإن وطئها فيما دون الفرج ، أو وطئها فى الموضع المكروه لم تحل ، لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق على ذوق العسيلة ، وذلك لا يحصل الا بالوطء فى الفرج ، وأدنى الوطء أن يغيب الحشفة فى الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ولا تتعلق بما دونه ، فإن أولج الحشفة فى الفرج من غير انتشار لم تحل لأن النبي صلى الله عليه وسلم علق الحكم بذوق العسيلة ، وذلك لا يحصل من غير انتشار .

وإن كان بعض الذكر مقطوعا فعلى ما ذكرناه فى الرد بالعيب فى النكاح . وإن كان مسلولا أحل بوطئه : لأنه فى الوطء كالفحل وأقوى منه ولم يفقد الا الإنزال ، وذلك غير معتبر فى الاحلال . وإن كان مراهقاً أحل لأنه كالبالغ فى الوطء ، وإن وطئت وهى نائمة أو مجنونة ، أو استدخلت هى ذكر الزوج وهو نائم أو مجنون ، أو وجدها على فراشه فظنها غيرها فوطئها حلت لأنه وطء صادف النكاح .

(فصل) فإن رآها رجل أجنبي فظنها زوجته فوطئها أو كانت أمة فوطئها مولاها لم تحل لقوله عز وجل حتى تنكح زوجا غيره ، وإن وطئها الزوج في نكاح فاسد كالنكاح بلا ولى ولا شهود أو في نكاح شرط فيه أنه اذا أحلها للزوج الاول فلا نكاح بينهما ففيه قولان

(أحدهما) أنه لا يحلها لأنه وطء في نكاح غير صحيح فلم تحل كوطء الشبهة

(والثانى) أنه يحلها لما روى عبد الله أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لعن الله المحلل والمحلل له . فسماه محللا ، ولأنه وطء في نكاح فأشبه الوطء في النكاح الصحيح .

(فصل) وإن كانت المطلقة أمة فملكها الزوج قبل أن ينكحها زوجا غيره فالمذهب أنها لا تحل لقوله عز وجل : فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ولأن الفرج لا يجوز أن يكون محرماً عليه من وجه مباحا من وجه . ومن أصحابنا من قال يحل وطؤها لأن الطلاق يختص بالزوجية فأثر التحريم في الزوجية

(فصل) وإن طلق امرأته ثلاثاً وتفرقا ثم ادعت المرأة أنها تزوجت بزوج أحلها جاز له أن يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه من الاباحة ، فإن وقع في نفسه أنها كاذبة فالاولى أن لا يتزوجها احتياطا

(الشرح) حديث عائشة أخرجه الشيخان وأصحاب السنن وأحمد في مسنده بلفظ « جاءت امرأة رفاعة القرظى الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي فتزوجت بعده عبد الرحمن بن الزبير ، وانما معه مثل هدبة الثوب ، فقال أتريدين أن ترجعي الى رفاعة ؟ لا ، حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » وعند أبي داود من غير تسمية الزوجين واللفظ بمعناه

وقد أخرج نحوه أيضاً أبو نعيم في الحلية . قال الهيثمى في مجمع الزوائد : فيه أبو عبد الملك لم أعرفه وبقية رجاله رجال الصحيح ؛ ولهذا الحديث متابعات ، منها ما رواه أحمد والنسائى عن ابن عمر قال « سئل نبي الله صلى الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثاً ويتزوجها آخر ، فيغلق الباب ويرخى الستر ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ، هل تحل للأول ؟ قال لا حتى يذوق العسيلة » وهذا

الحديث من رواية سفيان الثورى عن علقمه بن مرثد عن رزين بن سليمان الأحمرى عن ابن عمر ،

وروى أيضا من طريق شعبه عن علقمه بن مرثد عن سالم بن رزين عن سالم ابن عبد الله عن سعيد بن المسيب عن ابن عمر . قال النسائى : والطريق الاول أولى بالصواب . قال الحافظ بن حجر : وإنما قال ذلك لأن الثورى أتقن وأحفظ من شعبه ، وروايته أولى بالصواب من وجهين

(أحدهما) أن شيخ علقمه هو رزين بن سليمان كما قال الثورى لا سالم بن رزين كما قال شعبه ، فقد رواه جماعه عن شعبه كذلك منهم غيلان بن جامع أحد الثقات (ثانيهما) أن الحديث لو كان عند سعيد بن المسيب عن ابن عمر مرفوعا لم يخالفه سعيد ويقول بغيره اه

وعن عائشه عند أبى داود بنحو حديث ابن عمر ، وعند النسائى عن ابن عباس بنحوه أيضاً ، وعن أبى هريرة عند الطبرانى وابن أبى شيبه بنحوه . وكذلك أخرجه الطبرانى عن أنس والبيهقى عنه . وأخرج الطبرانى حديثاً آخر عن عائشه بإسناد رجاله ثقات « أن عمرو بن حزم طلق الغميصاء فنكحها رجل فطلقها قبل أن يمسها ، فسألت النبى صلى الله عليه وسلم فقال : لا ، حتى يذوق الآخر عسيلتها وتذوق عسيلته » .

أما امرأة رفاعة فقد قيل فى اسمها : تميمة . وقيل سهيمة . وقيل أميمة . والقرظى بضم القاف وفتح الراء نسبة إلى بنى قريظه . وعبد الرحمن بن الزبير بفتح الزاى وليس بالتصغير كما فى الزبير بن العوام ، بل هو كأمير وهو ابن باطا . وقوله « هدبة الثوب » بفتح الهاء وسكون المهملة بعدها باء موحدة مفتوحة هى طرف الثوب الذى لم ينسج ، مأخوذ من هدب العين وهو شعر الجفن ، هكذا أفاده ابن حجر .

وفى المصباح هدب العين ما نبت من الشعر على أشفارها والجمع أهداب مثل قفل وأقفال : ورجل أهدب طويل الأهداب . وهدبة الثوب طرته مثال غرفة وضم الدال للاتباع لغة والجمع هُدَب مثل غرفة وغرف . وفى القاموس الهدب بالضم وبضمتين شعر أشفار العين وخمل الثوب واحدتهما بهاء . وكذا فى مجمع

البحار نقلا عن النووي أنها بضم هاء وسكون دال ؛ ومرادها أن ذكره يشبه الهدبة في الاسترخاء وعدم الانتشار

وقوله « حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك » العسيلة مصغرة في الموضعين واختلف في توجيهه فقيل هو تصغير العسل ، لأن العسل مؤنث . جزم بذلك القزاز . قال وأحسب التذكير لغة وقال الأزهري يذكر ويؤنث وقيل لأن العرب إذا حقرت الشيء أدخلت فيه هاء التأنيث . وقيل المراد قطعة من العسل والتصغير للتقليل إشارة إلى أن القدر القليل كاف في تحصيل ذلك بأن يقع تغييب الحشفة في الفرج

وقيل : معنى العسيلة النطفة ، وهذا يوافق قول الحسن البصري . وقال جمهور العلماء : ذوق العسيلة كناية عن الجماع . وهو تغييب حشفة الرجل في فرج المرأة .

أما حديث « لعن الله المحلل والمحلل له » ففي الترمذي ومسند أحمد من حديث عبد الله بن مسعود . قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح . وفي المسند من حديث أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا وإسناده حسن ، وفيه عن علي عليه السلام عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله وفي سنن ابن ماجه من حديث عقبة ابن عامر قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « ألا أخبركم بالتيس المستعار ؟ قالوا بلى يارسول الله . قال هو المحلل . لعن الله المحلل والمحلل له . فهؤلاء الأربعة من سادات الصحابة رضي الله عنهم وقد شهدوا على رسول الله صلى الله عليه وسلم بلعنه أصحاب التحليل وهم المحلل والمحلل له .

قال ابن القيم : وهذا إما خبر عن الله فهو خبر صدق وإما دعاء فهو مستجاب قطعاً . وهذا يفيد انه من الكبائر الملعون فاعلها

أما أحكام هذين الفصلين ، فإنه إذا طلق الحر امرأته ثلاثاً ، أو طلق العبد امرأته طلقتين بانت منه وحرم عليه استمتاعها والعقد عليها حتى تنقضي عدتها منه بتزوج غيره ويصيبها ويطلقها ، أو يموت عنها وتنقضي عدتها منه ، وبها قال الفقهاء كافة إلا سعيد بن المسيب فإنه قال : إذا تزوجها وفارقها حلت للأول وان لم يصبها الثاني فقد قال ابن المنذر : اجمع العلماء على اشتراط الجماع لتحل للأول إلا

سعيد بن المسيب . ثم ساق بسنده الصحيح عنه ما يدل على ذلك . قال ولا نعلم أحداً وافقه عليه إلا طائفة من الخوارج . ولعله لم يبلغه الحديث فأخذ بظاهر القرآن . وقد نقل أبو جعفر النحاس فى معانى القرآن وعبد الوهاب المالكى فى شرح الرسالة عن سعيد بن جبير مثل قول سعيد بن المسيب

وحكى ابن الجوزى عن داود أنه وافق فى ذلك سعيداً . قال القرطبى : ويستفاد من الحديث على قول الجمهور أن الحكم يتعلق بأقل ماينطلق عليه الاسم خلافا لمن قال لا بد من حصول جميعه . واستدل بإطلاق الذوق لهما على اشتراط علم الزوجين به حتى لو وطئها نائمة أو مغمى عليها لم يكف ذلك ولو أنزل هو . ونقل ذلك ابن المنذر عن جميع الفقهاء

ويستدل من حديث عائشة وابن عمر وغيرهما على جواز رجوعها إلى زوجها الأول إذا حصل الجماع من الثانى ويعقبه الطلاق منه ، لكن شرط المالكية ونقل عن عثمان وزيد بن ثابت أن لا يكون فى ذلك مخادعة من الزوج الثانى ، ولا إرادة تحليلها للأول . وقال الأكثر من الفقهاء : ان شرط ذلك فى العقد فسد وإلا فلا .

قال فى البيان فى حديث عائشة : وانما أراد صلى الله عليه وسلم بذلك — يعنى بالعسيلة — لذة الجماع ، وسماه العسيلة . فثبت نكاح الثانى بالآية ، فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ، وثبتت الإصابة بالسنة ، وهو إجماع الصحابة ، لأنه روى عن عمر وعلى وابن عمر وابن عباس وجابر وعائشة ، ولا يعرف لهم مخالف اه

إذا ثبت هذا فإن أقل الوطء الذى يتعلق به الإحلال للأول أن تغيب الحشفة فى الفرج ، لأن أحكام الوطء من الغسل والحدود وغيرهما تتعلق بذلك . ولا يتعلق بما دونه ، فإن أولج الحشفة فى الفرج وواقعها وتجاوزت معه باللذة وأنزل فقد حصل الإحلال وزيادة ، وإن غيب الحشفه فى الفرج من غير انتشار أو غيبه فى الموضع المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يتعلق به الاحلال ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم علقه على ذوق العسيلة ، وذلك لا يحصل بما ذكرناه .

(فرع) وإن تزوجها صبى لجامعها — فإن كان صبياً غير مراهق كابن سبع

سنين فما دون — لا يحكم بجامعته ولم يحللها للأول ، لأن هـذا الجماع لا يلتذ به فهو كما لو أدخل أصبعه فى فرجها ، وإن كان مراهقاً ينتشر عليها أحلها الأول ، وقال مالك لا يحللها

دليلنا أنه جماع ممن يجامع مثله فأحلها للأول كالبالغ ، وإن كان مشكول الانثيين فغيب الحشفة فى الفرج أحلها للأول ، لأنه جماع يلتـذ به فهو كغيره وإن كان مقطوع الذكر من أصله لم تحل للأول بجماع لأنه لا يوجد منه الجماع ، وإن قطع بعضه — فإن بقى من ذكره قدر الحشفة واولجـه — أحلها الاول ، وإن كان الذى بقى منه أو الذى أولج فيها دون الحشفة لم يحلها الأول لأنه لا يلتذ به . وينسحب هذا الحكم على العبد والأمة لأن الحديث لم يفرق بين الحر والعبد ولا بين الحرة والأمة .

(فرع) وإن أصابها الزوج الثانى وهى محرمة لحج أو عمرة أو صائمـة أو حائض أحلها الأول . وقال مالك : لا يحلها . دليلنا قوله صلى الله عليه وسـلم « لا حتى تذوق العسيلة » ولم يفرق ، ولأنها إصابة يستقر بها المهر المسمى ، فوقعت بها الاباحة للاول كما إذا وطئها محلة مفطرة طاهرة

واشترط أصحاب أحمد أن يكون الوطء حلالا ، فإن وطئها فى حيض أو نفاس أو إحرام من أحـدهما أو منهما ، أو وأحدهما صائم فرضاً لم تحل ، لأنه وطء حرام لحق الله تعالى فلم يحصل به الاحلال كوطء المرتدة ، وقد خالفهم ابن قدامة منهم فقال : وظاهر النص حلها ؛ وهو قوله تعـالى « حتى تنكح زوجا غيره » وهذه قد نكحت زوجا غيره ،

وأيضا قوله صلى الله عليه وسـلم « حتى تذوقى عسيلته ويذوق عسيلتك » وهذا قد وجد ولأنه وطء فى نكاح صحيح فى محل الوطء على سبيل التمام فأحلها كالوطء الحـلال . وكما لو وطئها وقد ضاق وقت الصلاة أو وطئها وهى مريضة يضرها الوطء وهذا أصح إن شاء الله . وهو مذهب أبى حنيفة والشـافعى . وأما وطء المرتدة فلا يحلها ، سـواء وطئها فى حال ردتها أو ردته ، أو وطىء المرتد المسلمة ، لأنه ان لم يعد المرتد منهما الى الاسلام تبين أن الوطء فى غير

نكاح . وإن عاد الى الاسلام فى العدة فقد كان الوطء فى نكاح غير تام ، لان سبب البينونة حاصل فيه . وهكذا لو أسلم أحد الزوجين فوطئها الزوج قبل اسلام الآخر لم يحلها لذالك .

(فرع) وان طلق مسلم ذمية ثلاثاً فتزوجت بذمى وأصابها ثم فارقها حلت للمسلم . وقال مالك : لا تحل . دليلنا أنه اصابة من زوج فى نكاح صحيح فحلت للاول كما لو تزوجها مسلم .

وان تزوجها الثانى فجن فأصابها فى حال جنونه ، أو جنت فأصابها فى حال جنونها أو وجدها الزوج على فراشه فظنها أجنبية فوطئها فبان أنها زوجته حلت للاول بعد مفارقة الثانى ، لانه ايلاج تام صادف زوجية ولم يفقد الا القصد ، وذلك غير معتبر فى الاصابة كما قلنا فى استقرار المسمى

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه : وان كانت الاصابة بعد ردة أحدهما ثم رجع المرتد منهما لم تحلها الاصابة لأنها محرمة فى تلك الحال . وجه ذلك أن المطلقة ثلاثا اذا تزوجت بآخر ثم ارتد أحدهما أو ارتدا ووطئها فى حال الردة لم يحلها للاول ، لان الوطء انما يفتح اذا حصل فى نكاح صحيح تام ، والزوجية ههنا متشعثة بالردة .

وقال المزنى : هذه المسألة محال لانهما ان ارتدا أو ارتد أحدهما قبل الدخول انفسخ النكاح بنفس الردة . وإن ارتد أو ارتد أحدهما بعد الدخول فقد حصل الاحلال بالوطء قبل الردة فلا تؤثر الردة .

قال أصحابنا : ليست بمحال ، بل تتصور على قوله القديم الذى يقول : إن الخلوة كالاصابة ، فإذا خلا بها ثم ارتدا أو أحدهما فعليها العدة . فادامت فى العدة فالزوجية قائمة وتتصور على قوله الجديد بأن يطأها فيما دون الفرج فسبق الماء إلى الفرج أو تستدخل ماءه ثم يرتد أحدهما فيجب عليها العدة أو طأها فى الموضع المكروه فيرتدان أو أحدهما فيجب عليها العدة ، فيتصور هذا فى هذه المواضع الثلاثة .

(مسألة) إذا طلقها ثلاثاً فانقضت عدتها منه فوجدها رجل على فراشه فظنها

زوجته أو أمته فوطئها ، أو كانت أمة الآخر فوطئها سيدها لم تحل للأول لقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » وهذا ليس بزوج . وإن اشتراها زوجها قبل أن تنكح زوجا غيره فهل يحل له وطؤها بالملك ؟ فيه وجهان : أحدهما يحل له وطؤها لأن الطلاق من خصائص الزوجية فأثر فى تحريم الوطء بالزوجية دون ملك اليمين . والثانى لا تحل له وهو المذهب لقوله تعالى « حتى تنكح زوجا غيره » ولم يفرق ، ولأن كل امرأة يحرم عليه نكاحها لم يجز له وطؤها بملك اليمين كالملاعنة

وإن نكحها رجل نكاحا فاسداً ووطئها فهل تحل للاول ؟ فيه قولان

(أحدهما) لا يحلها لأنه وطء فى نكاح فاسد فهو كوطء الشبهة

(والثانى) يحلها لقوله صلى الله عليه وسلم « لعن الله المحلل والمحلل له » فسماه محللا ، ولأنه وطء فى نكاح فأشبه النكاح الصحيح .

قال فى الاملاء : واذا طلق الرجل امرأته طلاقا رجعياً فانقضت عدتها فجاءها رجل فقال : توقفى فلعل زوجك قد راجعك لم يلزمها التوقف لأن انقضاء العدة قد وجد فى الظاهر ، والرجعة أمر محتمل فلا يترك الظاهر المحتمل . والله تعالى أعلم .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان تزوجت المطلقة ثلاثا بزوج وادعت عليه أنه أصابها وأنكر الزوج لم يقبل قولها على الزوج الثانى فى الاصابة ويقبل قولها فى الاباحة للزوج الاول لأنها تدعى على الزوج الثانى حقا وهو استقرار المهر ولا تدعى على الاول شيئا وانما تخبره عن أمر هى فيه مؤتمنة فقبل ، وان كذبها الزوج الاول فيما تدعيه على الثانى من الاصابة ثم رجع فصدقها جاز له أن يتزوجها لأنه قد لا يعلم أنه أصابها ثم يعلم بعد ذلك .

وان ادعت على الثانى أنه طلقها وأنكر الثانى لم يجز الاول نكاحها لانه اذا لم يثبت الطلاق فهى باقية على نكاح الثانى فلا يحل للاول نكاحها ، ويخالف اذا اختلفا فى الاصابة بعد الطلاق لانه ليس لاحد حق فى بضعها فقبل قولها

(فصل) اذا عادت المطلقة ثلاثا الى الاول بشروط الاباحة ملك عليها

ثلاث تطليقات ، لأنه قد استوفى ما كان يملك من الطلاق الثلاث ، فوجب أن يستأنف الثلاث ، فإن طلقها طلقة أو طلقتين فتزوجت بزوج آخر فوطئها ثم أبانها رجعت إلى الاول بما بقى من عدد الطلاق . لأنها عادت قبل استيفاء العدد فرجعت بما بقى ، كما لو رجعت قبل أن تنكح زوجا غيره .

(الشرح) إذا طلق الرجل امرأته ثلاثاً فجاءت إلى الذى طلقها وادعت أن عدتها منه قد انقضت وأنها قد تزوجت بآخر وأصابها وطلقها الثانى وانقضت عدتها ، وكان قد مضى من يوم الطلاق زمان يمكن صدقها فيه ، جاز للأول أن يتزوجها لأنها مؤتمنة فيما تدعيه من ذلك ، فإن وقع فى نفس الزوج كذبها فالورع له أن لا يتزوجها ، فإن نكحها جاز لأن ذلك مما لا يتوصل الى معرفته إلا من جهتها ، وان كانت عنده صادقة لم يكره له تزويجها ، ويستحب له أن يبحث عن ذلك ليعرف به صدقها ، فإن لم يبحث عن ذلك جاز ، فإن رجعت المرأة عما أخبرت به نظرت — فإن كان قبل أن يعقد عليها الاول — لم يجز له العقد عليها وان كان بعدما عقد عليها لم يقبل رجوعها ، لأن فى ذلك ابطالا للعقد الذى لزمها فى الظاهر .

(فرع) وان طلق امرأته ثلاثا فتزوجت بآخر بعد انقضاء عدتها وطلقها الثانى فادعت الزوجة على الثانى أنه طلقها بعد أن أصابها وأنكر الثانى الاصابة ، فالقول قوله مع يمينه أنه ما أصابها ، لأن الاصل عدم الاصابة ولا يلزمه الا نصف المسمى ويلزمها العقد للثانى لانها مقرة بوجوبها ، فإن صدقها الاول أن الثانى قد أصابها فى النكاح ، هل له أن يتزوجها ؟ لان قولها مقبول فى اباحتها للاول ، وان لم يقبل على الثانى .

فإن قال الاول : أنا أعلم أن الثانى لم يصبها لم يجز له أن يتزوجها ، فإن عاد وقال علمت أن الثانى أصابها ، حل له أن يتزوجها لانه قد يظن أنه لم يصبها ثم يعلم أنه أصابها فحلت له .

(مسألة) الفرقة التى يقع بها التحريم بين الزوجين على أربعة أضرب :
(الاول) فرقة يقع بها التحريم ، ويرتفع ذلك التحريم بالرجعة وهو الطلاق

الرجعى على ما مضى وهذا أخفها (والضرب الثانى) فرقة يرتفع بها التحريم بعقد نكاح مستأنف قبل زوج ، وهو أن تطلق غير المدخول بها طلقة أو طلقتين أو تطلق المدخول بها طلقة أو طلقتين بغير عوض ولا يسترجعها حتى تنقضى عدتها أو يطلقها طلقة أو طلقتين بعوض أو يجد أحدهما بالآخر عيبا فيفسخ النكاح ، أو بعسر الزوج بالمهر والنفقة فتفسخ الزوجه النكاح فلا رجعة للزوج فى هذا كله وانما يرتفع التحريم بعقد نكاح مستأنف ولا يشترط أن يكون ذلك بعد زوج واصابة ؛ وهذا الضرب أغلظ من الاول .

(الضرب الثالث) فرقة يقع بها التحريم ولا يرتفع ذلك التحريم الا بعقد مستأنف بعد زوج واصابه . وهو أن يطلق الرجل امرأته ثلاثا ، سواء كانت مدخولا بها أو غير مدخول بها ، فيحرم عليه العقد عليها الا بعد زوج واصابه على ما سبق . وهذا أغلظ من الاولين

(والضرب الرابع) فرقة يقع بها التحريم على التأبيد لا يرتفع بحال ، فهى الفرقة باللعان على ما يأتى فى اللعان . وهذا أغلظ الفرق

اذا ثبت هذا فإن الرجل اذا طلق زوجته طلاقا رجعيا فى عدتها ، فانها تكون عنده على ما بقى له من عدد الطلاق ، وان طلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها بعد زوج فانه يملك عليها ثلاث طلقات . وهذا اجماع لا خلاف فيه ، وان أبان امرأته بدون الثلاث حتى انقضت عدتها ثم تزوجها قبل أن تتزوج زوجا غيره فانها تكون عنده ما بقى من عدد الثلاث . وهذا أيضا لاخلاف فيه . وان تزوجها بعد أن تزوجت غيره فانها تعود اليه عندنا على ما بقى من عدد الثلاث لا غير . وبه قال فى الصحابه عمر وعلى وأبو هريرة . ومن الفقهاء مالك والاوزاعى والثورى وابن أبى ليلى ومحمد بن الحسن وزفر .

وقال أبو حنيفه وأبو يوسف : تعود اليه بالثلاث . وقال ابن عباس بمثل ذلك . دليلنا أن اصابه الزوج ليست شرطا فى الاباحه الأول فلم تؤثر فى الطلاق كاصابه الشبهه . والله تعالى أعلم وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الايلاء

يصح الايلاء من كل زوج بالغ عاقل قادر على الوطء ، لقوله عز وجل « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » وأما الصبي والمجنون فلا يصح الايلاء منهما لقوله صلى الله عليه وسلم « رفع القلم عن ثلاثة : عن الصبي حتى يبلغ وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق » ولانه قول يختص بالزوجية فلم يصح من الصبي والمجنون كالطلاق .

وأما من لا يقدر على الوطء ، فإن كان بسبب يزول كالمريض والمحبوس صح ايلاؤه . وان كان بسبب لا يزول كالمجبوب والاشل ففيه قولان

(أحدهما) يصح ايلاؤه لان من صح ايلاؤه اذا كان قادراً على الوطء صح ايلاؤه اذا لم يقدر كالمريض والمحبوس

(والثاني) قاله فى الام لا يصح ايلاؤه لانه يمين على ترك ما لا يقدر عليه بحال فلم يصح ، كما لو حلف لا يصعد السماء . ولان القصد بالايلاء أن يمنع نفسه من الجماع باليمين ، وذلك لا يصح ممن لا يقدر عليه ، لانه ممنوع من غير يمين ، ويخالف المريض والمحبوس لانهما يقدران عليه اذا زال المرض والحبس . فصح منهما المنع باليمين ، والمجبوب والاشل لا يقدران بحال .

(الشرح) قوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم » الآيه . معناه يحلفون ، والمصدر ايلاء وألية وألوة وألوة وإلوة . وقرأ أبىّ وابن عباس : للذين يقسمون ومعلوم أن يقسمون تفسير يؤلون ، وقرىء « للذين آلوا » يقال : آلى يؤلى ايلاء وتالى تالياً وائتلى ائتلاء أى حلف . ومنه « ولا يأتل أولو الفضل منكم » كذا أفاده القرطبى وقال طرفة ابن العبد :

فآليت لا ينفك كشحى بطانة ... لعضب رقيق الشفرتين مهند

وقال فى الجمع : قليل الألايا حافظ ليمينه ... وان سبقت منه الالية برت

وقال آخر :

فآليت لا أنفك أحدو قصيدة   تكون وإياها بها مثلا بعـدى

وفى الحديث « ومن يتأل على الله يكذبه » وقال ابن عباس : كان ايلاء الجاهلية السنة والسنتين وأكثر من ذلك يقصدون بذلك ايذاء المرأة عند المساءة ، فوقت لهم أربعة أشهر . وقد آلى النبي صلى الله عليه وسلم عندما سأله نساؤه النفقة مما ليس عنده . كذا فى الصحيحين

وفى سنن الترمذى وابن ماجه « أن زينب ردت عليه هديته فغضب صلى الله عليه وسلم فآلى منهن »

ويلزم الايلاء كل من يلزمه الطلاق ، فالحر والعبد والسكران يلزمه الايلاء وكذلك السفيه والمولى عليه اذا كان بالغا عاقلا . وكذلك الخصى اذا لم يكن مجبوبا والشيخ اذا كان فيه بقية رمق ونشاط

وجملة ذلك أنه يصح الإيلاء من كل زوج مكلف قادر على الوطء . وأما الصبى والمجنون فلا يصح ايلاؤهما ، لأن القلم مرفوع عنهما ، ولأنه قول تجب بمخالفته كفارة أو حق فلم ينعقد منهما كالنذر

وأما العاجز عن الوطء فإن كان لعارض مرجو زواله كالمرض والحبس صح ايلاؤه لأنه يقدر على الوطء فصح منه الإمتناع منه ، وان كان غير مرجو الزوال كالجب والشلل لم يصح ايلاؤه لأنها يمين على ترك مستحيل فلم تنعقد ، كما لو حلف أن لا يقلب الحجارة ذهبا ، ولان الإيلاء اليمين المانعة من الوطء وهذا لا يمنعه يمينه فانه متعذر منه ولا تضر المرأة يمينه .

واختلف قول الشافعى فى المجبوب فقال : ولا يلزم الايلاء الا زوجا صحيح النكاح . فأما فاسد النكاح فلا يلزمه ايلاء . وقال : واذا آلى الخصى غير المجبوب من امرأته فهو كغير الخصى . وهكذا لو كان مجبوبا قد بقى له ما يبلغ به من المرأة ما يبلغ الرجل حتى تغيب حشفته كان كغير الخصى فى جميع أحكامه . وأما اذا آلى الخصى المجبوب من امرأته قيل له : فىء بلسانك لا شىء عليه غيره لانه ممن لا يجامع مثله ، وانما الفىء الجماع ، وهو ممن لا جماع عليه . قال: ولو تزوج رجل

امرأة ثم آلى منها ثم خصى ولم يجبْ كان كالفحل ، ولو جبَّ كان له الخيار مكانها في المقام معه أو فراقه ، فإن اختارت المقام معه قيل له : إذا طلبت الوقف ففىء بلسانك لأنه ممن لا يجامع اه .

قال الربيع : إن اختارت فراقه فالذى أعرف للشافعى أنه يفرق بينهما ، وإن اختارت المقام معه فالذى أعرف للشافعى أن امرأة العنين إذا اختارت المقام معه بعد الأجل أنه لا يكون لها خيار ثانية . والمجبوب عندى مثله اه

قال القرطبي من المالكية وهو صاحب الجامع لأحكام القرآن : والأصح والأقرب إلى الكتاب والسنة القول بأنه لا يصح إيلاؤه ، فإن الفيء هو الذى يسقط اليمين ؛ والفيء بالقول لا يسقطها

وإلى عدم إيلائه ذهب المالكية والحنابلة إلا أبا الخطاب فإنه قال : يحتمل أن يصح الايلاء منه قياساً على العاجز بمرض أو حبس . وقال ابن قدامة : فأما الخصى الذى سلت بيضتاه أو رضت فيمكن منه الوطء وينزل ماء رقيقاً فيصح ايلاؤه . وكذلك المجبوب الذى بقى من ذكره ما يمكن الجماع به

وقالت الحنفية : إن عجز عن وطئها لجبَّة صح ايلاؤه ، وفيؤه أن يقول : فئت اليها .

قال المصنف رحمه تعالى :

(فصل) ولا يصح الايلاء الا بالله عز وجل ، وهل يصح بالطلاق والعتاق والصوم والصلاة وصدقة المال ، فيه قولان : قال فى القديم : لا يصح لأنه يمين بغير الله عز وجل ، فلم يصح به الايلاء كاليمين بالنبي صلى الله عليه وسلم والكعبة وقال فى الجديد يصح وهو الصحيح لأنه يمين يلزمه بالحنث فيها حق ، فصح به الايلاء كاليمين بالله عز وجل ، فاذا قلنا بهذا فقال : ان وطئتك فعبدى حر فهو مول . وان قال : ان وطئتك فلله علىَّ أن أعتق رقبة فهو مول ، وان قال : ان وطئتك فأنت طالق ، أو امرأتى الاخرى طالق فهو مول وان قال ان وطئتك فعلى أن أطلقك أو أطلق امرأتى الأخرى لم يكن مولياً ، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء وان قال : ان وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق

لأنه لا يصير بوطئها قاذفا ، لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، لأنه لا يجوز أن تصير زانية بوطء الزوج كما لا تصير زانيه بطلوع الشمس ، واذا لم يصر قاذفا لم يلزمه بالوطء حق فلم يجز أن يكون موليا .

وان قال ان وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا ، لأن المولى هو الذى يلزمه بالوطء بعد أربعة أشهر حق أو يلحقه ضرر ، وهذا يقدر على وطئها بعد أربعـــة أشهر من غير ضرر يلحقه ولا حق يلزمه ، لان صوم شهر مضى لا يلزمه ، كما لو قال : ان وطئتك فعلىّ صوم أمس

وان قال : ان وطئتك فسالم حر عن ظهارى وهو مظاهر فهو مول . وقال المزنى لا يصير موليا لأن ما وجب عليه لا يتعين بالنذر ، كما لو قال ان وطئتك فعلىّ أن أصوم اليوم الذى علىّ من قضاء رمضان فى يوم الاثنين ، وهذا خطأ لأنه يلزمه بالوطء حق وهو اعتاق هذا العبد

وأما الصوم فقد حكى أبو على بن أبى هريرة فيه وجها آخر أنه يتعين بالنذر كالعتق . والذى عليه أكثر اصحابنا وهو المنصوص فى الأم أنه لا يتعين . والفرق بينهما أن الصوم الواجب لا تتفاضل فيه الأيام ، والرقاب تتفاضل أثمانهـا .

وان قال ان وطئتك فعبدى حر عن ظهارى ان ظاهرت ، لم يكن موليا فى الحال لانه يمكنه أن يطأها فى الحال ولا يلزمه شىء ، لأنه يقف العتق بعد الوطء على شرط آخر ، فهو كما لو قال : ان وطئتك ودخلت الدار فعبدى حر ، وان ظاهر منها قبل الوطء صار موليا ، لانه لا يمكنه أن يطأها فى مدة الايلاء الا بحق يلزمه فصار كما لو قال : ان وطئتك فعبدى حر

• • •

(الشرح) من شروط الايلاء التى لا يصح الا بها أن يحلف بالله تعـالى أو بصفة من صفاته ، ولا خلاف بين أهل العلم فى أن الحالف بذلك ايلاء ، لقوله صلى الله عليه وسلم « من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت »

فأما ان حلف على ترك الوطء بغير هـذا ، مثل ان حلف بطلاق أو عتاق

أو صدقة المال أو الحج أو الظهار ، فعلى قوله فى القديم (١) لا يكون موليا للحديث ، وفى إحدى الروايتين عن أحمد كذلك .

وقال ابن عباس : كل يمين منعت جماعا فهى إيلاء . وهو قول الشافعى فى الجديد والرواية الأخرى عن أحمد ، وبذلك قال الشعبى والنخعى ومالك وأهل الحجاز والثورى وأبو حنيفة وأهل العراق وأبو ثور وابو عبيد وابن المنذر والقاضى ابو بكر بن العربى ، لأنها يمين منعت جماعها فكانت إيلاء كالحلف بالله ولأن تعليق الطلاق والعتاق على وطئها حلف بدليل انه لو قال : متى حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال : إن وطئتك فأنت طالق ، طلقت فى الحال . وقال أبو بكر : كل يمين من حرام أو غيرها يجب بها كفارة يكون الحالف بها موليا . وأما الطلاق والعتاق فليس الحلف به إيلاء لأنه يتعلق به حق آدمى وما أوجب كفارة تعلق بها حق الله تعالى ، والرواية الأولى هى المشهورة ، لأن إيلاء المطلق إنما هو القسم ، ولهذا قرأ أبى وابن عباس « يقسمون » مكان يولون . وروى عن ابن عباس فى تفسير يولون قال « يحلفون بالله »

قال ابن قدامة : والتعليق بشرط ليس بقسم ، ولهذا لا يؤتى فيه بحرف القسم ولا يجاب بجوابه ولا يذكره أهل العربية فى باب القسم فلا يكون إيلاء ، وإنما يسمى حلفا تجوزا لمشاركته القسم فى المعنى المشهور وهو الحث على الفعل أو المنع منه أو توكيد الخبر ، والكلام عند إطلاقه لحقيقته ، ويدل على هذا قول الله تعالى « فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم » وإنما يدخل الغفران فى اليمين بالله .

قلت : فإذا قلنا بقوله فى الجديد أو بالرواية الاخرى لأحمد بن حنبل أو بما ثبت عن مالك قولا واحدا فانه لا يكون موليا إلا أن يحلف بما يلزمه بالحنث

---

(١) أخطأ القرطبى فى تفسيره الجامع لأحكام القرآن اذ اختلط عليه قولا الشافعى فجعل قوله فى الجديد مكان قوله فى القديم والعكس فليحرر وذلك فى الجزء الثالث بالصفحة ١٠٣ مطبوعة دار الكتب . « المطيعى »

فيه حق . كقوله : إن وطئتك فأنت طالق أو فأنت على كظهر امى أو فأنت على حرام أو فلله على صوم سنة أو الحج أو صدقة فهذا يكون ايلاء ، لأنه يلزمه بوطئها حق يمنعه من وطئها خوفه من وجوبه

وان قال : إن وطئتك فأنت زانية لم يكن موليا لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، ولا يصير قاذفا بالوطء ، لأن القذف لا يتعلق بالشرط ، ولا يجوز بالشرط أن تصير زانية بوطئه لها كما لا تصير زانية بطلوع الشمس . وان قال : ان وطئتك فلله على صوم هذا الشهر لم يكن موليا لأنه لو وطئها بعد مضيه لم يلزمه حق ، فان صوم هذا الشهر لا يتصور بعد مضيه فلا يلزم بالنذر كما لو قال : ان وطئتك فلله على صوم أمس . وان قال : ان وطئتك فلله على أن أصلى عشرين ركعة كان موليا .

وقال أبو حنيفة : لا يكون موليا لأن الصلاة لا يتعلق بها مال ولا تتعلق بمال فلا يكون الحالف بها موليا ، كما لو قال : ان وطئتك فلله على أن أمشى فى السوق . قال الشافعى رضى الله عنه فى الام : واذا قال لامرأته مالى فى سبيل الله تعالى أو على مشى الى بيت الله أو على صوم كذا أو نحر كذا من الإبل ان قربتك فهو مول لأن هذا اما لزمه واما لزمته به كفارة يمين

ثم قال : وان قال والكعبة أو عرفة أو والمشاعر أو وزمزم أو والحرم أو والمواقف أو الخنس أو والفجر أو والليل أو والنهار أو وشيء مما يشبه هذا لا أقربك ، لم يكن موليا ، لأن كل هذا خارج من اليمين ، ولا يتبرر ولا حق لآدمى يلزم حتى يلزمه القائل له نفسه .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : وان قال: ان قربتك فأنت زانيه فليس بمول اذا قربها ، واذا قربها فليس بقاذف يحد حتى يحدث لها قذفا صريحا يحد به أو يلاعن ، وهكذا ان قال : ان قربتك ففلانة - لامرأة له أخرى - زانية

وقال رضى الله عنه : وان قال لامرأته : ان قربتك فعبدى فلان حر عن ظهارى - فان كان متظهرا - فهو مول ما لم يمت العبد أو يبعه أو يخرجه من ملكه وان كان غير متظهر فهو مول فى الحكم ، لأن ذلك اقرار منه بأنه متظهر .

وإن وصل الكلام فقال : إن قربتك فعبدى فلان حر عن ظهارى ان تظاهرت لم يكن موليا (١) حتى يتظاهر ، فإذا تظاهر والعبد فى ملكه كان موليا لأنه حالف حينئذ بعتقه . اه

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو كان عليه صوم يوم فقال : لله على أن أصوم يوم الخميس عن اليوم الذى علىّ لم يكن عليه صومه ، لأنه لم ينذر فيه بشىء يلزمه ، وأن صوم يوم لازم له فأى يوم صامه أجزأعنه ، ولو صامه بعينه أجزأ عنه من الصوم الواجب لا من النذر .

هذا هو قول الشافعى الذى أشار اليه المصنف وعليه أكثر أصحابنا خلافا لما حكاه أبو على بن أبى هريرة وجها آخر انه ينعقد بالنذر كالعتق . وإن قال : إن وطئتك فأنت علىّ كظهر أمى فإنه لا يقربها حتى يكفر . وهكذا نص أحمد بن حنبل فى تحريمها قبل التكفير . وعليه أن يتربص مدة الإيلاء ، لأنه لا يمكنه أن يطأها قبل مضى المدة ولو أدى كفارة الظهار

وقال أحمد إذا واطأفى الإيلاء زال حكم الإيلاء وثبت الظهار وقد نوزع فى هذا إذ كيف يكون مظاهر من واطأ قبل الكفارة وأجيب بأنه إذا وطىء هاهنا صار مظاهرا من زوجته وزال حكم الإيلاء ، ويحتمل انه أراد إذا وطئها مرة فقد ثبت الظهار فلا يطؤها مرة أخرى حتى يكفر لكونه صار بالوطء مظاهرا ، إذ لا يصح تقديم الكفارة على الظهار لأنه سببها ، ولا يجوز تقديم الحكم على سببه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يصح الايلاء إلا على ترك الوطء فى الفرج ، فإن قال والله لا وطئتك فى الدبر لم يكن موليا ، لأن الإيلاء هو اليمين التى يمنع بها نفسه من الجماع . والوطء فى الدبر ممنوع منه من غير يمين ، ولأن الايلاء هو اليمين التى يقصد بها الاضرار بترك الوطء ، والوطء الذى يلحق الضرر بتركه هو الوطء فى الفرج .

---

(١) وكذلك لا يكون موليا ان حلف بالنبى أو الملائكة أو الكعبة ألا يطأها أو قال هو يهودى أو زان ان وطئها . «المطيعى»

وإن قال : والله لا وطئتك فيما دون الفرج لم يكن موليا ، لأنه لا ضرر فى ترك الوطء فيما دون الفرج .

(فصل) وإن قال والله لا أنيكك فى الفرج ، أو والله لا أغيب ذكرى فى فرجك ، أو والله لا أفتضك بذكرى ، وهى بكر ، فهو مول فى الظاهر والباطن لأنه صريح فى الوطء فى الفرج وان قال : والله لا جامعتك أو لا وطئتك فهو مول فى الحكم لأن اطلاقه فى العرف يقتضى الوطء فى الفرج . وان قال أردت بالوطء وطء القدم وبالجماع الاجتماع بالجسم دين فيه لأنه يحتمل ما يدعيه . وان قال والله لا أفتضك ولم يقل بذكرى ففيه وجهان :

(أحدهما) أنه صريح كالقسم الأول (والثانى) انه صريح فى الحكم كالقسم الثانى ، لأنه يحتمل الافتضاض بغير ذكره

وإن قال والله لا دخلت عليك ، أو لا تجتمع رأسى ورأسك ، أو لا جمعنى وإياك بيت فهو كناية ؛ فإن نوى به الوطء فى الفرج فهو مول ، وان لم تكن له نية فليس بمول ، لأنه يحتمل الجماع وغيره ، فلم يحمل على الجماع من غير نية كالكنايات فى الطلاق .

وان قال والله لا باشرتك ولا مسستك أو لا أفضى اليك ففيه قولان . قال فى القديم هو مول لأنه ورد به القرآن بهذه الألفاظ والمراد بها الوطء ، فان نوى به غير الوطء دين لأنه يحتمل ما يدعيه . وقال فى الجديد : لا يكون موليا الا بالنية لأنه مشترك بين الوطء وغيره فلم يحمل على الوطء من غير نية ؛ كقوله لا اجتمع رأسى ورأسك .

واختلف أصحابنا فى قوله لا أصيبك أو لا لمستك أو لا غشيتك أو لا باضعتك فمنهم من قال هو كقوله لا باشرتك أو لا مسستك فيكون على قولين . ومنهم من قال : هو كقوله : لا اجتمع رأسى ورأسك ، فإن نوى به الوطء فى الفرج فهو مول ، وان لم يكن له نيه فليس بمول .

وان قال : والله لا غيبت الحشفة فى الفرج فهو مول ، لان تغييب ما دون الحشفة ليس بجماع ولا يتعلق به أحكام الجماع ، فصار كما لو قال والله لا وطئتك
وان قال : والله لا جامعتك الا جماع سوء ، فان أراد به لا جامعتك الا فى الدبر

أو فيما دون الفرج فهو مول ، لأنه منع نفسه من الجماع فى الفرج فى مدة الإيلاء وإن أراد به لا جامعتك إلا جماعا ضعيفاً لم يكن موليا ، لأن الجماع الضعيف كالقوى فى الحكم فكذلك فى الإيلاء .

(الشرح) قوله : لا أقتضك بالقاف هو جماع البكر والقضة بالكسر جماع الجارية ، أفاده ابن بطال .

وقال فى المصباح شرح غريب الجامع الكبير للرافعى : قضضت الخشبة قضاً من باب قتل ثقبتها . ومنه القضة بالكسر وهى البكارة . يقال اقتضضتها اذا أزلت قضتها . ويكون الاقتضاض قبل البلوغ وبعده . وأما ابتكرها واختضرها وابتسرها بمعنى الاقتضاض ، فالثلاثة مختصة بما قبل البلوغ ، وكما هو معروف من اللغة من حيث تقارب المعنى حين تتقارب مخارج الحروف وتتجاور فى نطقها رأينا أن الافتضاض بالفاء كالاقتضاض بالقاف من فضضت الختم فضاً من باب قتل كسرته ، وفضضت البكارة أزلتها على التشبيه بالختم . قال الفرزدق :

فبتن بجانبىّ مصرّعات وبت أفض أغلاق الختام

مأخوذ من فضضت اللؤلؤة إذا خرقتها ، وفض الله فاه نثر أسنانه ، وفضضت الشىء فضاً فرقته فانفض ، وفى التنزيل « لانفضوا من حولك »

وقوله « لا باضعتك » قال ابن الصباغ : قال أبو حنيفة : هو مشتق من البضع وهو الفرج فيكون صريحاً ، ويحتمل أن يكون من التقاء البضعة من البدن بالبضعة منه ، والبضعة القطعة من اللحم . ومنه الحديث : فاطمة بضعة منى ، وقيل البضع هو الاسم من باضع إذا جامع

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ولا يلزمه الايلاء حتى يصرح بأحد أسماء الجماع التى هى صريحة . وذلك : والله لا أطؤك ، أو والله لا أغيب ذكرى فى فرجك ، أو لا أدخله فى فرجك ، أو لا أجامعك . أو يقول إن كانت عذراء : والله لا أقتضك (بالقاف) أو لا افتضك (بالفاء) أو ما فى هذا المعنى . فإن قال هذا فهو مول فى الحكم ، وإن قال لم أرد به الجماع نفسه كان مديناً بينه وبين الله تعالى ولم يدين فى الحكم .

قال الشافعي رضي الله عنه : وان قال والله لا أباشرك أو والله لا أباضعك أو والله لا الامسك أو لا أرشفك أو ما أشبه هذا ، فإن أراد الجماع نفسه فهو مول ، وان لم يرده فهو مدين في الحكم والقول فيه قوله ، ومتى قلت: القول قوله فطلبت يمينه أحلفته لها فيه اه

قلت : مقتضى هذا أنه اذا قال : والله لا وطئتك في الدبر لم يكن موليا لأنه لم يترك الوطء الواجب عليه ، ولا تتضرر المرأة بتركه ، وانما هو وطء محرم ، وقد أكد منع نفسه منه بيمينه . وان قال: والله لا وطئتك دون الفرج لم يكن موليا لانه لم يحلف على الوطء الذي يطالب به في الفيئة ولا ضرر على المرأة في تركه . وان قال والله لا جامعتك الا جماع سوء ، فقد قال الشافعي رضي الله عنه ولو قال والله لا أجامعك إلا جماع سوء ، فإن قال عنيت لا أجامعك الا في دبرك فهو مول والجماع نفسه في الفرج لا في الدبر . ولو قال عنيت لا أجامعك الا بأن لا أغيب فيك الحشفة فهو مول ، لأن الجماع الذي له الحكم انما يكون بتغييب الحشفة . وان قال عنيت لا أجامعك الا جماعا قليلا أو ضعيفا أو متقطعا أو ما أشبه هذا فليس بمول اه

إذا ثبت هذا فانه اذا قال : والله لا جامعتك الا جماع سوء سئل عما أراد ، فان قال أردت الجماع في الدبر فهو مول ، لأنه حلف على ترك الوطء في الفرج ، وكذلك اذا قال أردت أن لا أطأها الا دون الفرج . وان قال أردت جماعا ضعيفا لا يزيد على التقاء الختانين لم يكن موليا ، لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث .

وان قال : أردت وطئا لا يبلغ التقاء الختانين فهو مول ، لأنه يمكنه الوطء الواجب عليه في الفيئة بغير حنث ، وان لم تكن له نية فليس بمول ، لأنه محتمل فلا يتعين ما يكون به موليا وان قال والله لاجامعتك جماع سوء فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وان قال والله لا أجامعك في دبرك فهو محسن غير مول لأن الجماع في الدبر لا يجوز ، وكذلك ان قال والله لا أجامعك في كذا من جسدك غير

الفرج لا يكون مولياً إلا بالحلف على الفرج ، أو الحلف منهما فيكون ظاهره الجماع على الفرج اه

وجملة ذلك انه إذا قال : والله لا جامعتك جماع سوء لم يكن مولياً بحال لأنه لم يحلف على ترك الوطء وإنما حلف على ترك صفته المكروهة .

إذا ثبت هذا فإن الألفاظ التى يكون بها مولياً تنقسم إلى ثلاثة أقسام :
الأول ما هو صريح فى الحكم والباطن جميعاً ، وهو ألفاظ ثلاث وهى : والله لا أنيك ، ولا أدخل أو لا أغيب أو لا أولج ذكرى فى فرجك ، ولا اقتضضتك للبكر خاصة ، فهذه صريحة ، ولا يدين فيها لأنها لا تحتمل غير الايلاء .

أما إذا قال للثيب : والله لا أقتضك بالقاف ولم يقل بذكرى ففيه وجهان : (أحدهما) أنه صريح كالقسم الأول هذا ، والثانى أنه صريح فى الحكم كالقسم الثانى ، وسيأتى .

القسم الثانى : صريح فى الحكم ويدين فيما بينه وبين الله تعالى ، وهو عشرة ألفاظ : لا وطئتك ، ولا جامعتك ، ولا أصبتك ، ولا باشرتك ، ولا مسستك ولا قربتك ، ولا أتيتك ، ولا باضعتك ، ولا باعلتك ، ولا اغتسلت منك ، فهذه صريحة فى الحكم لأنها تستعمل فى العرف فى الوطء ، وقد ورد القرآن ببعضها فقال تعالى « ولا تقربوهن حتى يطهرن ، فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله » وقال « ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد » وقال « من قبل أن تمسوهن »

وأما الجماع والوطء فهما أشهر الألفاظ فى الاستعمال ، فلو قال أردت بالوطء الوطء بالقدم ، وبالجماع اجتماع الأجسام ، وبالاصابة الاصابة باليد ، دين فيما بينه وبين الله تعالى ولم يقبل فى الحكم ، لأنه خلاف الظاهر والعرف ، وقد اختلف قول الشافعى فيما عدا الوطء والجماع من هذه الالفاظ ، فقال فى الجديد ليس بصريح فى الحكم لأنه حقيقة فى غير الجماع وقال فى قوله : لا باضعتك ليس بصريح لأنه يحتمل أن يكون من التقاء البضعتين؛ البضعة من البدن بالبضعة منه ، فإن النبى صلى الله عليه وسلم قال « فاطمة بضعة منى »

وقال فى القديم : هو مول لأنها ألفاظ وردت فى القرآن مراداً بها الجماع

قال أصحاب أحمد : انه مستعمل فى الوطء عرفاً ، وقد ورد به القرآن والسنة فكان صريحا كلفظ الوطء والجماع . وكونه حقيقة فى غير الجماع يبطل بلفظ الوطء والجماع ، وكذلك قوله باضعتك فإنه مشتق من البضع فى غير الوطء فهو أولى أن يكون صريحا من سائر الألفاظ لأنها تستعمل فى غيره ، وبهذا قال أبو حنيفة .

القسم الثالث : مالا يكون إيلاء الا بالنية وهو ماعدا هذه الالفاظ مما يحتمل الجماع كقوله : والله لا يجمع رأسى ورأسك شىء ، لا ساقف رأسى رأسك ، لأسوءنك ، لأغيظنك ، لتطولن غيبتى عنك ، لا مس جلدى جلدك ، لا قربت فراشك ، لا أويت معك ، لا نمت عندك ، فهذه ان أراد بها الجماع واعترف بذلك كان موليا وإلا فلا ، لأن هذه الألفاظ ليست ظاهرة فى الجماع كظهور التى قبلها ولم يرد النص باستعمالها فيه ، إلا أن هذه الألفاظ منقسمة إلى ما يفتقر فيه الى نية الجماع والمدة معاً . وهى قوله لأسوأنك أو لأغيظنك أو لتطولن غيبتى عنك فلا يكون مولياً حتى ينوى ترك الجماع فى مدة تزيد على أربعة أشهر ، لأن غيظها يكون بترك الجماع فيما دون ذلك ، وفى سائر هذه الألفاظ يكون مولياً بنية الجماع فقط .

وإن قال : والله ليطولن تركى لجماعك أو لوطئك أو لاصابتك فهذا صريح فى ترك الجماع وتعتبر نية المدة دون نية الوطء على ما سيأتى .

وإن قال : والله لا أدخلت جميع ذكرى فى فرجك لم يكن مولياً ، لأن الوطء الذى يحصل به الفيء يحصل بدون إيلاج جميع الذكر . وإن قال والله لا أولجت حشفتى فى فرجك كان مولياً ، لأن الفيئة لا تحصل بدون ذلك .

قال الشافعى رضى الله عنه : أخبرنا سعيد بن سالم عن ابن جريج عن عطاء قال : الايلاء أن يحلف بالله على الجماع نفسه ، وذلك أن يحلف لا يمسها فأما أن يقول : لا أمسك ولا يحلف ، أو يقول قولا غليظا ثم يهجرها فليس ذلك بإيلاء .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) ولا يصح الإيلاء إلا فى مدة تزيد على أربعة أشهر حراً كان الزوج أو عبداً ، حرة كانت الزوجة أو أمة ، فإن آلى على ما دون أربعة أشهر لم يكن مولياً لقوله عز وجل : للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فدل على أنه لا يصير بما دونه موليا ، ولأن الضرر لا يتحقق بترك الوطء فيما دون أربعة أشهر ، والدليل عليه ما روى أن عمر رضى الله عنه كان يطوف ليلة فى المدينه فسمع امرأة تقول :

ألا طال هذا الليل وازورّ جانبه وليس إلى جنبى خليل الاعبه

فو الله لولا الله لا شىء غيره لزعزع من هذا السرير جوانبه

مخافة ربى والحياء يكفنى وأكرم بعلى إن تنال مراكبه

فسأل عمر رضى الله عنه النساء كم تصبر المرأة عن الزوج ؟ فقلن شهرين وفى الثالث يقل الصبر وفى الرابع يفقد الصبر ، فكتب عمر إلى أمراء الأجناد أن لا تحبسوا الرجل عن امرأته أكثر من أربعة أشهر . وإن آلى على أربعة أشهر لم يكن موليا ، لأن المطالبة بالفيئة أو الطلاق بعد أربعة أشهر ، فإذا آلى على أربعة أشهر لم يبق بعدها إيلاء فلا تصح المطالبه من غير إيلاء

(فصـل) وإن قال : والله لا وطئتك فهو مول ، لأنه يقتضى التأبيد . وإن قال والله لا وطئتك مدة ، أو والله ليطولن عهدك بجماعى ، فإن أراد مدة تزيد على أربعة أشهر فهو مول ، وإن لم يكن له نية لم يكن موليا ، لأنه يقع على القليل والكثير فلا يجعل موليا من غير نية .

وان قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر فإذا مضت فو الله لا وطئتك سنة ؛ فهما ايلاءان فى زمانين لايدخل أحدهما فى الآخر فيكون موليا فى كل واحد منهما لا يتعلق أ[illegible]هما بالاخر فى حكم من أحكام الايلاء ، واذا تقضى حكم أحدهما بقى [illegible]كم الا[illegible] لأنه أفرد كل واحد منهما فى زمان فانفرد كل واحد منهما عن الاخر [illegible] الحكم وإن قال : والله لا وطئتك خمسة أشهر ، ثم قال والله لا وطئتك سنة دخلت المدة الأولى فى الثانية ، كما اذا قال : له على مائة ثم قال : له على ألف دخلت

المائة فى الأمة فيكون ايلاء واحداً الى سنه بيمين ، فيضرب لهما مدة واحدة ، ويوقف لهما وقفا واحداً ، فإن وطىء بعد الخمسة الأشهر حنث فى يمين واحدة فيجب عليه كفارة واحدة ، وان وطىء فى الخمسة الاشهر حنث فى يمينين فيجب عليه فى أحد القولين كفارة ، وفى الثانى كفارتان

وان قال : والله لا وطئتك أربعة أشهر ، فإذا مضت فو الله لا وطئتك اربعة أشهر . ففيه وجهان (أحدهما) وهو الصحيح انه ليس بمول ، لأن كل واحد من الزمانين أقل من مدة الايلاء (والثانى) انه مول لأنه منع نفسه من وطئها ثمانية أشهر فصار كما لو جمعها فى يمين واحدة

(الشرح) قوله تعالى « تربص أربعة أشهر » التربص التأنى والتأخر مقلوب التصبر . قال الشاعر :

تربص بها ريب المنون لعلها   تطلّق يوما أو يموت حليلها

قال القرطبى : وأما فائدة توقيت الاربعة الاشهر فيما ذكر ابن عباس عن أهل الجاهلية (وقد تقدم قوله فى أول هذه الفصول) فمنع الله من ذلك وجعل للزوج مدة أربعة أشهر فى تأديب المرأة بالهجر ؛ لقوله تعالى « واهجروهن فى المضاجع » ، وقد آلى النبى صلى الله عليه وسلم من أزواجه شهراً تأديبا لهن ، وقد قيل الأربعة الاشهر هى التى لا تستطيع ذات الزوج أن تصبر عنه أكثر منها ، وقد روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه كان يطوف ليلة بالمدينة فسمع امرأة تنشد — ثم ساق القصة التى أوردها المصنف .

ولا أرى لهذه القصة سنداً قويا ، ولأن هذا من الامور التى تعم بها البلوى وتوقيت مدة الغزو بأربعة أشهر قد يقتضى عودة جيش برمته من جبهة العدو ، وقد يكون الجيش متقدما أو فى حالة التحام واشتباك ، الامر الذى لا يمكن معه نفاذ هذا العمل واجراؤه ، ثم انه لو أجرى عمر هذا لصار من سنن الجهاد وآدابه لأن اقرار الصحابة له اجماع متبع ، ولم يثبت عن أحد من الصحابة أو التابعين من العمال والولاة والخلفاء من صنع هذا ، الا أن هذا الاثر قد اشتهر عند الفقهاء فقد أورده ابن قدامه من الحنابلة ، وأورده القرطبى من المالكية فى تفسيره ،

كما أورده المصنف هنا ، إلا أنه لم يورده أصحاب الصحاح ولا السنن ، ويبدو أن مصدره أصحاب المغازى وليسوا بثقات

أما الاحكام فإن هـذا شرط من شروط الايلاء وهو أن يحلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر ، وهذا قول ابن عباس وطاوس وسعيد بن جبير ومالك والاوزاعي وأحمد بن حنبل وأبي ثور وأبي عبيد

وقال عطاء والثورى وأصحاب الرأى : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد كان مولياً . وحكى ذلك القاضى أبو الحسين رواية عن احمد ، لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر فكان مؤلياً ، كما لو حلف على ما زاد . وقال النخعى وقتادة وحماد وابن ابى ليلى وإسحاق : من حلف على ترك الوطء فى قليل من الاوقات أو كثير وتركها أربعة أشهر فهو مول ، لقوله تعالى « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » وهذا مؤل ، فإن الإيلاء الحلف وهذا حالف

دليلنا أنه لم يمنع نفسه الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر فلم يكن مؤليا ، كما لو حلف على ترك قبلتها والاية حجة عليهم لانه جعل له تربص أربعة أشهر فاذ حلف على أربعة أشهر أو مادونها فلا معنى للتربص لان مدة الايلاء تنقضى قبل ذلك ومع انقضائه وتقدير التربص بأربعة أشهر يقتضى كونه فى مدة تناولها الايلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد أربعة أشهر ، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون لم تصح المطالبة من غير إيلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم فى الفيئة إنما تكون فى مدة الاربعة اشهر ، وظاهر الايه خلافه ، لقوله تعالى « تربص أربعة أشهر فإن فاءوا » فعقب الفىء عقيب التربص بفاء التعقيب فيدل على تأخرها عنه .

إذا ثبت هذا فقد حكى عن ابن عباس أن المؤلى من يحلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقا ، لانه إذا حلف على ما دون ذلك أمكنه التخلص بغير حنث فلم يكن مؤليا ، كما لو حلف لا وطئها فى مدينة بعينها .

ولنا أنه لا يمكنه التخلص بعد التربص من يمينه بغير حنث فأشبه المطلقه ، بخلاف اليمين على مدينة معينه فإنه يمكن التخلص بغير حنث

قال الشافعى رضى الله عنه : وكذلك لو قال لها : والله لا أقربك خمسة اشهر

ثم قال في يمين اخرى : لا اقربك ستة اشهر وقف وقفا واحداً وحنث اذاً بجميع الأيمان . وإن قال والله لا أقربك اربعة اشهر او اقل ثم قال : والله لا اقربك خمسة اشهر كان موليا بيمينه لا يقربها خمسة اشهر وغير مول باليمين التي دون اربعة اشهر ، واربعة اشهر

وقال الشافعي : ولو كانت يمينه على اكثر من اربعة اشهر واربعة اشهر وتركت وقفه عند الاولى والثانيه ، كان لها وقفه مابقي عليه من الايلاء شيء . لانه ممنوع من الجماع بعد اربعة اشهر بيمين . قال : ولو قال لها : والله لا اقربك خمسة اشهر ثم قال : غلامي حر إن قربتك اذا مضت الخمسة الاشهر ، فتركته حتى مضت خمسة اشهر او اصابها فيها ، خرج من حكم الايلاء فيها ، فإن طلبت الوقف لم يوقف لها حتى تمضي الخمسه الاشهر من الايلاء الذي اوقع آخراً ثم اربعة اشهر بعده ثم يوقف . اه

(مسأله) فإن قال : والله لا وطئتك فهو ايلاء ، لأنه قول يقتضي التأبيد . وان قال : والله لا وطئتك مدة او ليطوان تركي لجماعك — ونوى مدة تزيد على اكثر من اربعة اشهر فهو ايلاء ، لأن اللفظ يحتمله فانصرف اليه بنيته ، وان نوى مدة قصيرة لم يكن ايلاء لذلك ، وإن لم ينو شيئا لم يكن إيلاء لأنه يقع على القليل والكثير فلا يتعين للكثير .

فإن قال : والله لا وطئتك اربعة اشهر فإذا مضت فو الله لا وطئتك اربعة اشهر ، أو فإذا مضت فو الله لا وطئتك شهرين أو لا وطئتك شهرين فإذا مضت فو الله لا وطئتك أربعة أشهر ففيه وجهان (أحدهما) ليس بمول لأنه حالف بكل يمين على مدة ناقصه عن مدة الايلاء فلم يكن موليا ، كما لو لم ينو إلا مدتها ولأنه يمكنه الوطء بالنسبه الى كل يمين عقيب مدتها من غير حنث فيها فأشبه ما لو اقتصر عليها قال المصنف : وهذا الوجه هو الصحيح

(والثاني) يصير موليا لأنه منع نفسه من الوطء بيمينه أكثر من أربعة أشهر متواليه فكان موليا ، كما لو منعها بيمين واحدة ، ولأنه لا يمكنه الوطء بعد المدة الا بحنث في يمينه فأشبه ما لو حلف على ذلك بيمين واحدة ، ولم يكن

هـذا إيلاء أفضى إلى أن يمنع من الوطء طول دهره باليمين ، فلا يكون موليا ، وهذا الحكم فى كل مدتين متواليتين يزيد فى مجموعها على أربعة كثلاثة أشهر وثلاثة أو ثلاثة وشهرين لما ذكرنا من التعليلين ، وبكل ما قلنا قال أحمد وأصحابه .

(فرع) فإن قال : والله لا وطئتك عاماً ثم قال : والله لا وطئتك عاما ، فهو إيلاء واحد حلف عليه بيمينين ، إلا أن ينوى عاما آخر سواه وإن قال : والله لا وطئتك عاما ثم قال : والله لا وطئتك نصف عام ، أو قال : والله لا وطئتك نصف عام ثم قال : والله لا وطئتك عاما دخلت المـدة القصيرة فى الطويلة لأنها بعضها ، ولم يحمل إحداهما بعد الأخرى ، فأشبه ما لو أقر بدينار ثم أقر بنصف دينار ، أو أقر بنصف دينار ثم أقر بدينار فيكون إيلاء واحـداً لهما وقت واحد وكفارة واحـدة .

وإن نوى بإحدى المدتين غير الأخرى فى هذه أو فى التى قبلها ، أو قال والله لا وطئتك عاما ثم قال : والله لا وطئتك عاما آخر أو نصف عام آخر ، فهما إيلاءان فى زمانين لا يدخل حكم أحـــدهما فى الاخر ، أحدهما منجز والاخر متأخر ، فإذا مضى حكم أحدهما بقى حكم الاخر لانه أفرد كل واحـد منهما بزمن غير زمن صاحبه ، فيكون له حكم ينفرد به

(فرع) فإن قال فى المحرم : لا وطئتك هذا العام ، ثم قال : والله لا وطئتك عاما من رجب الى تمام اثنى عشر شهراً أو قال فى المحرم : والله لا وطئتك عاما ، ثم قال فى رجب : والله لا وطئتك عاما فهما ايلاءان فى مـدتين بعض احداهما داخل فى الاخرى ، فإن فاء فى رجب أو فيما بعده من بقية العام الاول حنث فى اليمينين وتجزئه كفارة واحدة وينقطع حكم الايلاءين وان فاء قبل رجب أو بعد العام الأول حنث فى احدى اليمينين دون الأخرى ، وان فاء فى الموضعين حنث فى اليمينين وعليه كفارتان .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وان قال ان وطئتك فو الله لا وطئتك ، ففيه قولان : قال فى القديم : يكون موليا فى الحال ، لأن المولى هو الذى يمتنع من الوطء خوف

الضرر ، وهذا يمتنع من الوطء خوفاً من أن يطأها فيصير مولياً ، فعلى هذا اذا وطئها صار مولياً وذلك ضرر .

وقال فى الجديد : لا يكون موليا فى الحال ، لأنه يمكنه أن يطأها من غير ضرر يلحقه فى الحال فلم يكن مولياً ، فعلى هـذا إذا وطئها صار مولياً لأنه يبقى يمين يمنع الوطء على التأبيد . وإن قال والله لا وطئتك فى السنة إلا مرة صار مولياً فى قوله القـديم ، ولا يكون موليا فى الحال فى قوله الجديد ، فإن وطئها نظرت — فإن لم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر — لم يكن موليا ، وإن بقى أكثر من أربعة أشهر صار موليا .

(الشرح) فإن قال : والله لا وطئتك ، لم يكن موليا فى الحال على قوله فى الجديد لأنه لا يلزمه بالوطء حق ، لكن إن وطئها صار موليا لأنها تبقى يمينا تمنع الوطء على التأبيد ، وبهذا قال أحمد وأصحابه ، لأن يمينه معلقة بشرط فقبلها قبله ليس بحالف فلا يكون موليا ، ولأنه يمكنه الوطء من غير حنث فلم يكن موليا كما لو لم يقل شيئا وكونه يصير موليا لا يلزمه به شىء ، وإنما يلزمه بالحنث

ولو قال : والله لا وطئتك فى السنة إلا مرة لم يصر موليا فى الحال ، لأنه يمكنه الوطء متى شاء بغير حنث فلم يكن ممنوعا من الوطء بحكم يمينه ، فإذا وطئها وقد بقى من السنة أكثر من أربعة اشهر صار موليا وهذا قول أبى ثور وأصحاب الرأى ، وظاهر مذهبه فى القديم يكون موليا فى الابتداء ، وكذلك فى التى قبلها يكون موليا من الأول ، لأنه لا يمكنه الوطء الا بأن يصير موليا فيلحقه بالوطء ضرر . وكذلك على هذا القول ان قال : إن وطئتك فو الله لا دخلت الدار كان موليا من الأول ، فان وطئها انحل الايلاء ، لأنه لم يبق ممتنعا من وطئها بيمين ولا غيرها ، وإنما بقى ممتنعا باليمين من دخول الدار ، وقد سبق أن أجبنا على ذلك بقوله فى الجديد .

وإن قال : والله لا وطئتك سنة إلا يوما فهو مثله ، وبهذا قال أبو حنيفة ، لأن اليوم منكر فلم يختص يوما دون يوم . ولذلك لو قال : صمت رمضان إلا يوما ، لم يختص اليوم الآخر .

ولو قال لا أكلمك فى السنة الا يوما لم يختص يوماً منها ، وعلى القول الاخر عندنا — وهو وجه عند الحنابلة — أنه يصير موليا فى الحال ، وهو قول زفر ، لأن اليوم المستثنى يكون من آخر المدة كالتأجيل ومدة الخيار ، بخلاف قوله : لا وطئتك فى السنة إلا مرة ، فان المرة لا تختص وقتا بعينه ، ومن نصر القول الأول فرق بين هذا وبين التأجيل ومدة الخيار من حيث ان التأجيل ومدة الخيار تجب الموالاة فيهما ، ولا يجوز أن يتخللهما يوم لا أجل فيه ولا خيار ، لأنه لو جازت له المطالبة فى أثناء الأجل لزم قضاء الدين فيسقط التأجيل بالكلية ، ولو لزم العقد فى أثناء مدة الخيار لم يعد الى الجواز فتعين جعل اليوم المستثنى من آخر المدة بخلاف مانحن فيه ، فان جواز الوطء فى يوم من أول السنة أو أوسطها لا يمنع ثبوت حكم اليمين فيما بقى من المدة ، فصار ذلك كقوله : لا وطئتك فى السنة إلا مرة ، وقد حدد الشافعى فى قوله الجديد المدة الباقية إذا وطئها ولم يبق من السنة أكثر من أربعة أشهر لم يكن موليا والا صار موليا

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وان علق الايلاء على شرط يستحيل وجوده — بأن يقول : والله لا وطئتك حتى تصعدى الى السماء أو تصافحى الثريا — فهو مول ، لأن معناه لا وطئتك أبداً . وان علق على ما لا يتيقن أنه لا يوجد إلا بعد أربعة أشهر ، مثل أن يقول : والله لا وطئتك الى يوم القيامة ، أو الى أن أخرج من بغداد الى الصين وأعود ، فهو مول ، لأن القيامة لا تقوم الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر ، لأن لها شرائط تتقدمها ، ونتيقن أنه لا يقدر أن يخرج من بغداد الى الصين ويعود الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر

وان علق على شرط الغالب على الظن أنه لا يوجد الا فى الزيادة على أربعة أشهر ، مثل أن يقول : والله لا وطئتك حتى يخرج الدجال ، أو حتى يجىء زيد من خراسان . ومن عادة زيد ان لا يجىء الا مع الحاج ، وقد بقى على وقت عادته زيادة عن أربعة أشهر ، فهو مول لان الظاهر أنه لا يوجد شىء من ذلك الا فى مدة تزيد على أربعة أشهر .

وإن علق على أمر يتيقن وجوده قبل أربعة أشهر ، مثل أن يقول : والله لا وطئتك حتى يذبل هذا البقل أو يجف هذا الثوب ، فليس بمول ، لأنا نتيقن أن ذلك يوجد قبل أربعة أشهر ، وان علقه على الأمر الغالب على الظن انه يوجد قبل أربعة أشهر ، مثل أن يقول والله لا وطئتك حتى يجيء زيد من القرية ، وعادته أنه يجيء فى كل جمعة لصلاة الجمعة ، أو لحمل الحطب لم يكن موليا لأن الظاهر انه يوجد قبل مدة الايلاء وان جاز ان يتأخر لعارض . وان قال والله لا وطئتك حتى اموت او تموتى فهو مول ، لأن الظاهر بقاؤهما ، وان قال والله لا وطئتك حتى يموت فلان فهو مول ، ومن أصحابنا من قال ليس بمول والصحيح هو الأول لأن الظاهر بقاؤه ، ولأنه لو قال : إن وطئتك فعبدى حر كان موليا على قوله الجديد ، وان جاز أن يموت العبد قبل أربعة اشهر .

(فصل) وان قال والله لا وطئتك فى هذا البيت لم يكن موليا لأنه يمكنه ان يطأها من غير حنث ، ولأنه لا ضرر عليها فى ترك الوطء فى بيت بعينه ، وان قال والله لا وطئتك الا برضاك لم يكن موليا لما ذكرناه من التعليلين ، وان قال والله لا وطئتك ان شئت فقالت فى الحال شئت ، كان موليا ، وان أخرت الجواب لم يكن موليا على ما ذكرناه فى الطلاق .

(الشرح) اذا علق الايلاء بشرط يستحيل وقوعه — وضرب المصنف امثلة لما يستحيل من ذلك — كقوله حتى تصعدى السماء ، والصعود الى السماء اليوم ليس مستحيلا بوسائل الطيران الذى بلغت سرعة ارتفاعه الى اعلا مئات الالوف من الأقدام ، وسرعة مسيرته اسبق من الصوت ، فانك ترى الطائرة كالبرق الخاطف ثم تسمع صوتها بعد ان تختفى عن نظرك ، ومن ثم لا يكون الايلاء بالصعود الى السماء داخلا فى ضروب المستحيلات

واما مجموعة كواكب الثريا فمصافحتها اذا كان على حقيقة اللفظ وظاهره فهو من المستحيل ، لأنها كواكب سماوية وأجرام فى الافلاك لا تصافح بالتقاء الأكف ولا بتعانق التحية والتسليم

وقوله « او الى ان اخرج من بغداد الى الصين واعود » فان ذلك يخرج ايضا

من نطاق المستحيل لما قدمنا فى شأن الصعود إلى السماء قبله ، وقد جاء فى القرآن الكريم صور من المستحيلات ، كقوله تعالى فى الكفار « لا تفتح لهم أبواب السماء ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل فى سم الخياط » ومعناه ان يدخلوها أبداً ومثل المستحيل قوله : واقه لا وطئتك حتى يشيب الغراب ، لأن معنى ذلك ترك وطئها ، فإن ما يراد إحالة وجوده يعلق على المستحيلات . قال الشاعر :

إذا شاب الغراب أتيت أهلى وصار القار كاللبن الحليب

وإن قال واقه لا وطئتك حتى تحبلى ، فهو غير مول ، إلا أن تكون صغيرة يغلب على الظن أنها لا تحمل فى أربعة أشهر أو آيسة . فأما إن كانت من ذوات الأقراء فلا يكون مولياً لأنه يمكن حملها .

وقال القاضى من الحنابلة : وإذا كانت الصغيرة بنت تسع سنين لم يكن مولياً لأن حملها ممكن . وقال أصحاب أحمد كافة خلا القاضى وأبو الخطاب كما أفاده ابن قدامة : ان قال واقه لا وطئتك حتى تحبلى فهو مول لان حبلها بغير وطء مستحيل عادة . وهذا ما اختاره ابن قدامة واستدل عليه بقوله تعالى عن مريم « أنى يكون لى غلام ولم يمسسنى بشر ولم أك بغيا » وقولهم « يا أخت هرون ما كان أبوك امرأ سوء وما كانت أمك بغيا » ولولا استحالة ذلك لما نسبوها الى البغاء لوجود الولد . وقول عمر رضى اقه عنه « الرجم حق على من زنا وقد أحصن ، اذا قامت به البينة أو كان الحبل أو الاعتراف ، الا أنه يرد على كلامهم هذا امكان حدوث الحمل باستدخال المنى ، ومن ثم لا يكون موليا .

وان علقه على غير مستحيل فذلك على خمسة أضرب

(أحدها) ما يعلم أنه لا يوجد قبل أربعة أشهر كقيام الساعه فإن لها علامات تسبقها فلا يوجد ذلك فى أربعة أشهر .

(الثانى) ما الغالب أنه لا يوجد فى أربعة أشهر ، كخروج الدجال والدابة وغيرهما من أشراط الساعة . أو يقول حتى أموت أو تموتى أو يموت ولدك ، أو حتى يقدم زيد من مكة ، ويكون زيد من عادته أن يقضى العمرة فى شهر رجب ثم ينتظر حتى يشهد وقفة عرفات ثم يتمم الحج نافلة أو فريضة بالنيابة عن غيره

فلا يقدم فى أربعة أشهر فيكون موليا ، وكذلك لو علق الطلاق على مرضها أو مرض إنسان بعينه

(الثالث) أن يعلقه على أمر يحتمل وجوده فى أربعة أشهر ويحتمل أن لا يوجد احتمالا متساويا ، كقدوم زيد من سفر قريب أو من سفر لا يعلم قدره فهذا ليس بإيلاء ، لأنه لا يعلم حلفه على أكثر من أربعة أشهر ولا يظن ذلك

(الرابع) أن يعلقه على ما يعلم أنه يوجد فى أقل من أربعة أشهر أو يظن ذلك كذبول بقل (الفجل) وجفاف ثوب ومجىء المطر فى أوانه وقدوم الحاج فى زمان قدومه ؛ وابتداء الدراسة فى المدارس ، وابتداء دورة المجالس ، وموعد الميزانية ، إذا كان قد بقى على حدوث ذلك أقل من أربعة أشهر فلا يكون موليا ولأنه لم يقصد الإضرار بترك وطئها أكثر من أربعة أشهر ، فأشبه ما لو قال : والله لا وطئتك شهراً

(الخامس) أن يعلقه على فعل منها هى قادرة عليه أو فعل من غيرها ، وذلك ينقسم إلى : (ا) أن يعلقه على فعل مباح لا مشقة فيه . كقوله : والله لا أطؤك حتى تدخلى الدار ، أو تلبسى هذا الثوب ، أو حتى أتنفل بصوم يوم ، أو حتى أكسوك ، فهذا ليس بإيلاء لأنه ممكن الوجود بغير ضرر عليها فيه ، فأشبه الذى قبله (ب) أن يعلقه على فعل محرم ، كقوله : والله لا أطؤك حتى تشربى الخمر أو تزنى أو تسقطى ولدك أو تتركى صلاة الفرض ، أو حتى أقتل فلانا أو أزنى بفلانة أو نحو ذلك ، فهذا كله إيلاء لأنه علقه بممتنع شرعا فأشبه الممتنع حسا (ج) أن يعلقه على ما على فاعله فيه مضرة ، مثل أن يقول : والله لا أطؤك حتى تسقطى صداقك عنى أو دينك . أو حتى تكفلى ولدى أو تهبنى دارك ، أو حتى يبيعنى أبوك داره أو نحو ذلك فهذا إيلاء ، لأن أخذه لمالها أو مال غيرها عن غير رضى صاحبه محرم فجرى مجرى شرب الخمر ، فلو حلف عليها أن لا يطأها حتى تخرج من بيتها (بالمينى جيب أو الميكرو جيب) وهى ثياب قصيرة ، الاول فوق الركبة بخمسة عشر سنتيمترا ، والثانى فوق آخر الفخذ ، قريبا من اليتها أو قال لها : والله لا أطؤك حتى تخرجى على الشاطىء (بالبكينى) وهو قطعتان صغيرتان فى قدر منديل اليد ، إحداهما تكون كالشريط على الفرج ، والاخرى

على مقدمة الثديين ، كل ذلك يعد مولياً ، لأنه يحرم عليه الظهور بكل ما ذكر لأنها ثياب أقبح في الرجعية من ثياب الجاهلية ، وانتكاسة بالمجتمع الإنساني إلى مستوى بهيمي ، ليس له في العفة أو الشرف حظ أو نصيب

فإن قال والله لا أطؤك حتى أعطيك مالا أو أصنع معك صنيعاً حسناً أو أقدم لك جميلا ، لم يكن إيلاء ، لأن فعله لذلك ليس بمحرم ولا ممتنع لجرى مجرى قوله : حتى أصوم يوما .

(مسألة) وإن قال : والله لا وطئتك في هذا البيت أو في هذه البلدة أو نحو ذلك من الامكنة المعينة لم يكن مولياً . وهذا قول الشافعي وأحمد والثوري والأوزاعي والنعمان وصاحبيه وقال ابن أبي ليلى وإسحاق : هو مول ، لأنه حالف على ترك وطئها .

وإن قال : والله لا وطئتك إلا برضاك لم يكن موليا لأنه يمكنه وطؤها بغير حنث ، ولأنه محسن في كونه ألزم نفسه اجتناب سخطها . وعلى قياس ذلك كل حال يمكنه الوطء فيها بغير حنث ، كقوله : والله لا وطئتك مكرهة أو محزونة ونحو ذلك ، فإنه لا يكون موليا .

وإن قال : والله لا وطؤتك مريضة لم يكن موليا لذلك إلا أن يكون بها مرض لا يرجى برؤه أو لا يزول في أربعة أشهر ، فينبغي أن يكون موليا لأنه حالف على ترك وطئها أربعة أشهر ، فإن قال ذلك لها وهي صحيحة فرضت مرضا يمكن برؤه قبل أربعة أشهر لم يصر موليا . وإن لم يرج برؤه فيها صار موليا ، وكذلك إن كان الغالب انه لا يزول في أربعة أشهر صار موليا ، لأن ذلك بمنزلة ما لا يرجى زواله .

وإن قال : والله لا وطئتك حائضا ولا نفساء ولا محرمة ولا صائمة ونحو هذا لم يكن موليا ، لأن ذلك ممنوع شرعا ، فقد أكد منع نفسه منه بيمينه وإن قال والله لا وطئتك طاهرا أو لا وطئتك وطئا مباحا صار موليا ، لأنه حالف على ترك الوطء الذي يطالب به في الفيئة فكان موليا ، كما لو قال : والله لا وطئتك في قبلك ، وان قال والله لا وطئتك ليلا ، أو والله لا وطئتك نهاراً لم يكن موليا لأن الوطء يمكن بدون الحنث .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وان قال لأربع نسوة والله لا وطئتكن لم يصر موليا حتى يطأ ثلاثا منهن ، لأنه يمكنه أن يطأ ثلاثا منهن من غير حنث فلم يكن موليا ، وان وطىء ثلاثا منهن صـار موليا من الرابعة ، لأنه لا يمكنه وطؤها الا بحنث ، ويكون ابتداء المدة من الوقت الذى تعين فيه الايلاء ، وان طلق ثلاثا منهن كان الايلاء موقوفا فى الرابعة لايتعين فيهـا ، لأنه يقدر على وطئها من غير حنث ولا يسقط منها لأنه قد يطأ الثلاث المطلقات بنكاح أو سفاح ، فيتعين الايلاء فى الرابعة ، لأنه يحنث بوطئها والوطء المحظور كالمباح فى الحنث ، ولهذا قال فى الام : ولو قال والله لا وطئتك وفلانة الاجنبية لم يكن موليا من امرأته حتى يطأ الاجنبية ، وان ماتت من الاربع واحدة سقط الايلاء فى الباقيات لأنه قد فات الحنث فى الباقيات لأن الوطء فى الميتة قد فات ، ولأن الايلاء على الوطء واطلاق الوطء لا يدخل فيه وطء الميتة ، ويدخل فيه الوطء المحرم

وان قال لأربع نسوة : والله لا وطئت واحدة منـكن وهو يريد كلهن صار موليا فى الحال ، لانه يحنث بوطء كل واحـدة منهن ، ويكون ابتداء المـدة من حين اليمين ، فأيتهن طالبت وقف لها ، فإن طلقها وجاءت الثانيه وقف لها ، فإن طلقها وجاءت الثالثه وقف لها ؛ فإن طلقها وجاءت الرابعه وقف لها ، فإن طالبت الاولى فوطئها حنث وسقط الايلاء فيمن بقى ، لانه لا يحنث بوطئهن بعد حنثه بوطء الاولى

وان طلق الاولى ووطىء الثانيه سقط الايلاء فى الثالثه والرابعه ؛ وان طلق الاولى والثانيه ووطىء الثالثه سقط الايلاء فى الرابعه وحدها

وان قال والله لا وطئت واحدة منكن وأراد واحدة بعينها تعين الايلاء فيها دون من سواها ، ويرجع فى التعيين الى بيانه لانه لا يعرف الا من جهته ، فإن عين واحـدة وصدقته الباقيات تعين فيها ، وان كذبه الباقيات حلف لهن ، فإن نكل حلفن وثبت فيهن حكم الايلاء بنكوله وأيمانهن

وإن قال والله لا وطئت واحدة منكن ، وهو يريد واحدة لا بعينها ، فله أن يعين فيمن شاء ويؤخذ بالتعيين إذا طالبن ذلك . فإذا عين فى واحدة منهن لم يكن للباقيات مطالبة ، وفى ابتداء المدة وجهان

(أحدهما) من وقت اليمين والآخر من وقت التعيين كما قلنا فى العدة فى الطلاق إذا أوقعه فى إحداهن لا بعينها ثم عينه فى واحدة منهن . وإن قال والله لا أصبت كل واحدة منكن فهو مول من كل واحدة منهن وابتداء المدة من حين اليمين ، فإن وطىء واحدة منهن حنث ولم يسقط الإيلاء فى الباقيات لأنه يحنث بوطء كل واحدة منهن .

(فصل) وإن كانت له امرأتان فقال لإحداهما : والله لا أصبتك ثم قال للأخرى أشركتك معها ، لم يكن مولياً من الثانية ، لأن اليمين بالله عز وجل لا يصح إلا بلفظ صريح من اسم أو صفة ؛ والتشريك بينهما كناية فلا يصح بها اليمين بالله عز وجل . وإن قال لإحداهما : إن أصبتك فأنت طالق ، ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى صار مولياً لأن الطلاق يصح بالكناية

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : وإذا قال الرجل لأربع نسوة له : والله لا أقربكن فهو مول منهن كلهن ، يوقف لكل واحدة منهن ، فإذا أصاب واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً خرج من حكم الإيلاء فيهن ، وعليه للباقية أن يوقف حتى يفىء أو يطلق ولا حنث عليه حتى يصيب الأربع اللاتى حلف عليهن كلهن فإذا فعل فعليه كفارة يمين ويطأ منهن ثلاثاً ولا يحنث ولا إيلاء عليه فيهن ، ويكون حينئذ فى الرابعة مولياً لأنه يحنث بوطئها ، ولو ماتت إحداهن سقط عنه الإيلاء لأنه يجامع البواقى ولا يحنث .

ولو طلق واحدة منهن أو اثنتين أو ثلاثا كان موليا بحاله فى البواقى لأنه لو جامعهن والتى طلق حنث .

ثم قال : ولو قال لأربع نسوة له : والله لا أقرب واحدة منكن وهو يريدهن كلهن فأصاب واحدة حنث ، وسقط عنه حكم الإيلاء فى البواقى ، ولو لم يقرب واحدة منهن كان موليا منهن يوقف لهن ، فأى واحدة أصاب منهن خرج من

حكم الايلاء فى البواقى لأنه قد حنث بإصابة واحدة ، فإذا حنث مرة لم يعد الحنث عليه . ولو قال والله لا أقرب واحدة منكن - يعنى واحدة دون غيرها - فهو مول من التى حلف لا يقربها وغير مول من غيرها اه

وجملة ذلك أنه إذا قال لأربع نسوة : والله لا أقربكن انبنى ذلك على أصل وهو الحنث بفعل بعض المحلوف عليه أو لا؟ فقد اختلف أصحابنا فى ذلك ، فإن قلنا بقول من قال يحنث فهو مول منهن كلهن فى الحال لأنه لا يمكنه وطء واحدة بغير حنث فصار مانعا لنفسه من وطء كل واحدة منهن من غير حنث فصار مانعاً لنفسه من وطء كل واحدة منهن فى الحال ، فإن وطىء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وزال الايلاء من البواقى . وإن طلق بعضهن أو مات لم ينحل الايلاء فى البواقى .

وإن قلنا بقول من قال لا يحنث بفعل البعض لم يكن موليا منهن فى الحال لأنه يمكنه وطء كل واحدة منهن من غير حنث ، فلم يمنع نفسه بيمينه من وطئها فلم يكن موليا منها ، فإن وطىء ثلاثا صار موليا من الرابعة لأنه لا يمكنه وطؤها من غير حنث فى يمينه . وإن مات بعضهن أو طلقها انحلت يمينه وزال الايلاء لأنه لا يحنث بوطئهن ، وإنما يحنث بوطء الأربع ، فإن راجع المطلقة أو تزوجها بعد بينونتها عاد حكم يمينه . وهذان القولان وجهان عند أصحاب أحمد ابن حنبل رضى الله عنهم ، واختار ابن قدامة منهم أنها يمين حنث فيها فوجب أن تنحل كسائر الأيمان ، ولأنه اذا وطىء واحدة حنث ولزمته الكفارة فلا يلزمه بوطء الباقيات شىء فلم يبق ممتنعا من وطئهن بحكم يمينه فانحل الايلاء كما لو كفرها . أما أصحابنا فقد ذهب أكثرهم الى أنه لا يكون موليا منهن حتى يطأ ثلاثا فيصير مولياً من الرابعة .

وحكى المزنى عن الشافعى أنه يكون مولياً منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن ، فاذا أصاب بعضهن خرجت من حكم الايلاء ، ويوقف لمن بقى حتى يفىء أو يطلق ، ولا يحنث حتى يطأ الاربع .

وقال أصحاب الرأى : يكون موليا منهن كلهن ، فان تركهن أربعة أشهر بن

منه جميعاً بالايلاء ، وإن وطيء بعضهن سقط الايلاء فى حقها ولا يحنث إلا بوطئهن جميعاً .

(فرع) فإن قال : والله لا وطئت واحدة منكن ونوى واحدة بعينها تعلقت يمينه بها وحدها وصار موليا منها دون غيرها ، وإن نوى واحدة مبهمة منهن لم يصر موليا منهن فى الحال ، فإذا وطيء ثلاثا كان موليا من الرابعة ويحتمل أن تخرج المولى منها بالقرعة كالطلاق إذا أوقعه فى مبهمة من نسائه ، وإن أطلق صار موليا منهن كلهن فى الحال ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث ، فإن طلق واحدة منهن أو ماتت كان مولياً من البواقى ، وإن وطيء واحدة منهن حنث وانحلت يمينه وسقط حكم الايلاء فى الباقيات لأنها يمين واحدة ، فإذا حنث فيها مرة لم يحنث مرة ثانية ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها ، بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت فإنه لم يحنث ثم يبقى حكم يمينه فيمن بقى منهن ، وهذا مذهب أحمد .

وذكر بعض أصحاب أحمد أنه إذا أطلق كان الايلاء فى واحدة غير معينة ، وهو اختيار بعض أصحابنا ، لأن لفظه تناول واحدة منكرة فلا يقتضى العموم . ولنا أن النكرة فى سياق النفى تفيد العموم ، كقوله تعالى « ولم يتخذ صاحبة » وقوله « ولم يكن له كفواً أحد » وقوله « ومن لم يجعل الله له نورا فما له من نور » ولو قال إنسان : والله لا شربت ماء من إداوة حنث بالشرب من أى اداوة كانت فيجب حمل اللفظ عند الاطلاق على مقتضاه فى العموم

وإن قال نويت واحدة معينه أو واحدة مبهمة قبل منه ، لأن اللفظ يحتمله احتمالا غير بعيد فى رأى الحنابلة ، وعندنا أنه اذا أبهم المحلوف عليها فله أن يعينها بقوله ، كما ورد ذلك فى الطلاق

(فرع) فان قال والله لا وطئت كل واحدة منكن صار موليا منهن كلهن فى الحال ولا يقبل قوله نويت واحدة منهن معينة ولا مبهمة ، لأن لفظ « كل » أزالت احتمال الخصوص ، ومتى حنث فى البعض انحل الايلاء فى الجميع كالتى قبلها . وقال بعض أصحابنا : لا تنحل فى الباقيات وقال أصحاب أحمد : انها يمين واحدة حنث فيها فسقط حكمها كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حنث

فيها مرة لم يمكن الحنث فيها مرة أخرى فلم يبق ممتنعا من وطء الباقيات بحكم اليمين فلم يبق الايلاء كسائر الأيمان التى حنث فيها

قلت : وفى هذه المواضع التى قلنا بكونه موليا منهن كلهن يوقف لكل واحدة منهن عند مطالبتها . فاذا وقف الأولى وطلقها وقف للثانية ، فان طلقها وقف للثالثة ، فان طلقها وقف للرابعة ، وكذلك من مات منهن لم يمنع من وقفه للأخرى ؛ لأن يمينه لم تنحل ، وإيلاؤه باق لعدم حنثه فيهن . وان وطىء احداهن حين وقف لها أو قبله انحلت يمينه وسقط حكم الايلاء فى الباقيات على ما قلناه .

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو آلى رجل من امرأته ثم طلقها ثم جامعها بعد الطلاق حنث . وكذلك لو آلى من أجنبية ثم جامعها حنث باليمين مع المأثم بالزنا ، وان نكحها بعد خرج من حكم الايلاء اه

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه : ولو آلى من امرأته ثم طلق احدى نسائه فى الأربعة الأشهر ، ولم يدر أيتهن طلق ، فمضت أربعة أشهر فطلبت أن يوقف فقال : هى التى طلقت حلف للبواقى : وكانت التى طلق ، ومتى راجعها فمضت أربعة أشهر وقفته أبداً حتى يمضى طلاق الملك كما وصفت . ولو مضت الأربعة الأشهر ثم طلبت أن يوقف فقال : لا أدرى أهى التى طلقت أم غيرها قيل له : ان قلت هى التى طلقت فهى طالق ، وان قلت ليست هى حلفت لها ان ادعت الطلاق ثم فئت أو طلقت

وان قلت لا أدرى فأنت أدخلت منع الجماع على نفسك ، فان طلقتها فهى طالق ، وان لم تطلقها وحلفت أنها ليست التى طلقت أو صدقتك هى ، ففىء أو طلق ، وان أبيت ذلك كله طلق عليك بالايلاء لأنها زوجة مولى منها ، عليك أن تفىء اليها أو تطلقها

فان قلت لا أدرى لعلها حرمت عليك ، فلم تحرم بذلك تحريما يبينها عليك وأنت مانع الفيئة والطلاق فتطلق عليك . فان قامت بينه أنها التى طلقت عليك قبل طلاق الايلاء سقط طلاق الايلاء ، وان لم تقم بينه لزمك طلاق الايلاء وطلاق الاقرار معاً ثم هكذا البواقى

(فرع) فإن قال كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طوالق ، فإن قلنا ليس هذا بإيلاء فلا كلام ، وإن قلنا هو إيلاء فهو مول منهن جميعاً ، لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بطلاق ضرائرها فيوقف لهن ، فان فاء الى واحدة طلق ضرائرها ، فان كان الطلاق بائنا انحل الايلاء لأنه لم يبق ممنوعا من وطئها بحكم يمينه ، وإن كان رجعياً فراجعهن بقى حكم الايلاء فى حقهن لأنه لا يمكنه وطء واحدة الا بطلاق ضرائرها ، وكذلك ان راجع بعضهن لذلك إلا أن المدة تستأنف من حين الرجعة .

ولو كان الطلاق بائنا فعاد فتزوجهن أو تزوج بعضهن عاد حكم الايلاء واستؤنفت المدة من حين النكاح ، وسواء تزوجهن فى العدة أو بعدها أو بعد زوج آخر وإصابة .

وان قال : نويت واحدة بعينها قبل منه وتعلقت يمينه بها ، فاذا وطئها طلق ضرائرها ، وان وطىء غيرها لم يطلق منهن أحداً ويكون مولياً من المعينة دون غيرها لأنها التى يلزمه بوطئها الطلاق دون غيرها

(فرع) وان قال لاحدى زوجتيه : والله لا وطئتك ، ثم قال للأخرى : أشركتك معها لم يصر موليا من الثانية ، لأن اليمين بالله لا يصح الا بلفظ صريح من اسم أو صفة ، والتشريك بينهما كناية فلم تصح به اليمين

وإن قال : ان وطئتك فأنت طالق ثم قال للأخرى أشركتك معها ونوى فقد صار طلاق الثانية معلقاً على وطئها أيضا ؛ لأن الطلاق يصح بالكناية . فان قلنا إن ذلك ايلاء فى الأولى صار ايلاء فى الثانية لأنها صارت فى معناها والا فليس بإيلاء فى واحدة منهما ، وكذلك لو آلى رجل من زوجته فقال آخر لامرأته : أنت مثل فلانة لم يكن موليا . وقال أصحاب الرأى : هو مول . وقال أحمد : انه ليس بصريح فى القسم فلا يكون موليا به كما لو لم يشبهها بها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) واذا صح الايلاء لم يطالب بشىء قبل أربعة أشهر ، لقوله عز وجل « للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر » وابتداء المدة من حين

اليمين لأنها ثبتت بالنص والإجماع فلم تفتقر إلى الحاكم كمدة العـدة ، فإن آلى منها وهناك عـذر يمنع من الوطء نظرت ، فان كان لمعنى فى الزوجة بأن كانت صغيرة أو مريضة أو ناشزة أو مجنونة أو محرمة أو صائمة عن فرض أو معتكفة عن فرض لم تحسب المدة . وإن طرأ شيء من هذه الأعذار فى أثناء المدة انقطعت المدة لأن المدة إنما نظرت لامتناع الزوج من الوطء ، وليس فى هـذه الاحوال من جهته امتناع ؛ فان زالت هذه الأعذار استؤنفت المدة لأن من شأن هذه المدة أن تكون متواليـة ، فاذا انقطعت استؤنفت كصوم الشهرين المتتابعين ، فان كانت حائضاً حسبت المدة ، فان طرأ الحيض فى أثنائها لم تنقطع لأن الحيض عذر معتاد لا ينفك منه .

فلو قلنا انه يمنع الاحتساب اتصل الضرر وسقط حكم الإيلاء ، ولهـذا لا يقطع التتابع فى صوم الشهرين المتتابعين .

وإن كانت نفساء ففيه وجهان (أحدهما) أنه يحتسب المدة لأنه كالحيض فى الاحكام فكذلك فى الإيلاء (والثانى) لا يحتسب . واذا طرأ قطع لأنه عـذر نادر فهو كسائر الاعذار . وان كان العـذر لمعنى فى الزوج بأن كان مريضا أو مجنونا أو غائبا أو محبوسا أو محرما أو صائما عن فرض ، او معتكفا عن فرض ، حسبت المدة ، فان طرأ شيء من هذه الاعذار فى أثناء المدة لم تنقطع ، لأن الامتناع من جهته ، والزوجية باقية فحسبت المدة عليه . وإن آلى فى حال الردة أو فى عدة الرجعية لم تحتسب المـدة ، وان طرأت الردة أو الطلاق الرجعى فى أثناء المدة انقطعت ، لأن النكاح قد تشعث بالطلاق والردة ، فلم يكن للامتناع حكم ، وان أسلم بعد الردة أو راجع بعـد الطلاق وبقيت مدة التربص استؤنفت المدة لما ذكرناه .

(الشرح) قوله : لم يطالب بشيء قبل أربعة أشهر الخ . هذا هو قول جمهور الفقهاء أن الزوج لا يطالب بالفيء قبل أربعة أشهر . وقال ابن مسعود وزيد بن ثابت وابن ابى ليلى والثورى وابو حنيفة : انه يطالب بالفيء فيها لقراءة ابن مسعود (فان فاءوا فيهن) قالوا : واذا جاز الفيء جاز الطلب ، اذ هو تابع ،

ويجاب بمنع الملازمة وبقوله تعالى (للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر) فان الله تعالى شرع التربص هـذه المدة فلا يجوز مطالبة الزوج قبلها ، واختياره للفيء قبلها ابطال لحقه من جهة نفسه ، فلا يبطل بإبطال غيره

قال القاضى ابن العربى : وتحقيق الامر أن تقدير الاية عندنا : للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فان فاءوا بعد انقضائها فان الله غفور رحيم ، وان عزموا الطلاق فان الله سميع عليم . وتقديرها عندهم : فان فاءوا فيها فان الله غفور رحيم ؛ وان عزموا الطلاق بترك الفيئة فيها ، وهذا احتمال متساو ولأجل تساويه توقفت فيه .

قال الشافعى رضى الله عنه : وهكذا لو ارتدت عن الاسلام لم يكن عليه طلاق حتى ترجع الى الاسلام فى العدة ، فاذا رجعت قيل له : فىء أو طلق ، وان لم ترجع حتى تنقضى العدة بانت منه بالردة ومضى العدة . قال : واذا كان منع الجماع من قبلها بعد مضى الاربعة الاشهر قبل الوقف أو معه لم يكن لها على الزوج سبيل حتى يذهب منع الجماع من قبلها ثم يوقف مكانه ، لأن الاربعة الاشهر قد مضت واذا كان منع الجماع من قبلها فى الاربعة الأشهر بشىء تحدثه غير الحيض الذى خلقه الله عز وجل فيها ثم أبيح الجماع من قبلها أجل من يوم أبيح أربعة أشهر . كما جعل الله تبارك وتعالى له اربعة أشهر متتابعة ، فاذا لم تكمل له حتى يمضى حكمها استؤنفت له متتابعة كما جعلت له أولا .

ولو كان آلى منها ثم ارتد عن الاسلام فى الأربعة الاشهر أو ارتدت أو طلقها أو خالعها ثم راجعها أو رجع المرتد منهما الى الاسلام فى العدة استأنف فى هـذه الحالات كلها أربعة أشهر من يوم حل له الفرج بالمراجعة أو النكاح أو رجوع المرتد منهما الى الاسلام ، ولا يشبه هذا الباب الاول ، لأنها فى هذا الباب صارت محرمة الشعر والنظر والحبس والجماع ، وفى تلك الاحوال لم تكن محرمة بشىء غير الجماع وحده ، فأما الشعر والنظر والحبس فلم يحرم منها ، وهكذا لو ارتدا . اه

قلت : وجملة ذلك أنه اذا آلى منها وثمّ عذر يمنع الوطء من جهة الزوج كمرضه أو حبسه أو احرامه أو صيامه حسبت عليه المدة من حين ايلائه ،

لأن المانع من جهته ، وقد وجد التمكين الذى عليها ، ولذلك لو أمكنته من نفسها
ـ وكان ممتنعاً لعذر ـ وجبت لها النفقة ، وإن طرأ شىء من هذه الأعذار بعد
الايلاء أو جن لم تنقطع المدة للمعنى الذى ذكرناه ، وإن كان المانع من جهتها
نظرنا ـ فان كان حيضاً ـ لم يمنع ضرب المدة لأنه لو منع لما أمكن تحقيق ضرب
المدة ، لأن الحيض لا يخلو منه شهر غالبا فيؤدى ذلك إلى إسقاط حكم الايلاء ،
وإن طرأ الحيض لم يقطع المدة لما ذكرنا . والنفاس كالحيض لأنه مثله فى أحكامه
وقال أصحاب أحمد فيه وجهان : أحدهما كالحيض والثانى كسائر الأعذار التى
من جهتها لأنه نادر غير معتاد فأشبه سائر الأعذار .

وأما سائر الأعذار التى من جهتها : كصغرها ومرضها وحبسها وإحرامها
وصيامها المفروضين واعتكافها المنذور ، ونشوزها وغيبتها ، فتى وجد منها شىء
حال الايلاء لم تضرب له المدة حتى يزول ، لأن المدة تضرب لامتناعه من وطئها
والمنع ههنا من قبلها . وإن وجد شىء من هذه الأسباب استؤنفت المدة ولم يبن
على مامضى ، لأن قوله تعالى « تربص أربعة أشهر » يقتضى متوالية ؛ فإذا قطعتها
وجب استئنافها كمدة الشهرين فى صوم الكفارة . وان حنث وهربت من يده
انقطعت المدة ؛ وان بقيت فى يده وأمكنه وطؤها احتسب عليه بها

فإن قيل فهذه الاسباب مما لا صنع لها فيه ، فلا ينبغى أن تقطع المدة كالحيض
قلنا اذا كان المنع فيهما فلا فرق بين كونه بفعلها أو بغير فعلها ، كما أن البائع إذا
تعذر عليه تسليم المعقود عليه لم يتوجه له المطالبة بعوضه ، سواء كان لعذر أو
غير عذر . وإن آلى فى الردة لم تضرب له المدة إلا من حين رجوع المرتد منهما
الى الاسلام . وان طرأت الردة فى أثناء المدة انقطعت لأن النكاح قد تشعث
وحرم الوطء . فإذا عاد الى الاسلام استؤنفت المدة ، سواء كانت الردة منهما أو
من أحدهما . وكذلك ان أسلم أحد الزوجين الكافرين أو خالعها ثم تزوجها .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) إذا طلقها فى مدة التربص انقطعت المدة ولم يسقط الايلاء ، فان
راجعها وقد بقيت مدة التربص استؤنفت المدة ، فان وطئها حنث فى اليمين

وسقط الايلاء ، لأنه أزال الضرر . وإن وطئها وهى نائمة أو مجنونة حنث فى يمينه وسقط الايلاء ، وإن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث فى يمينه لارتفاع القلم عنه ، وهل يسقط حقها؟ فيه وجهان

(أحدهما) يسقط لأنها وصلت الى حقها (والثانى) لا يسقط لأن حقها فى فعله لا فى فعلها ؛ وان وطئها وهو مجنون لم يحنث لارتفاع القلم عنه ، وهل يسقط حقها؟ فيه وجهان :

(أحدهما) يسقط وهو الظاهر من المذهب لأنها قد وصلت منه الى حقها، وإن لم يقصد فسقط حقها ، كما لو وطئها وهو يظن انها امرأة أخرى

(والثانى) وهو قول المازنى أنه لا يسقط حقها ، لأنه لا يحنث به فلم يسقط به الايلاء .

﴿ فصل ﴾ وان وطئها وهناك مانع من إحرام أو صوم أو حيض سقط به حقها من الايلاء لأنها وصلت منه الى حقها ، وان كان بمحرم .

(الشرح) جملة هذا الفصل أنه اذا وطئها بعد المدة ، قبل المطالبة أو بعدها ، خرج من الايلاء ، وسواء وطئها وهى عاقلة أو مجنونة أو يقظانة أو نائمة ، لأنه فعل ما حلف عليه ، فان وطئها وهو مجنون لم يحنث وهذا هو قول أحمد والشعبي وقال أبو بكر من الحنابلة : يحنث وعليه الكفارة . لأنه فعل ما حلف عليه . وهذا غير صحيح ، لأنه غير مكلف ، والقلم عنه مرفوع . ويخرج بوطئه عن الايلاء لأنه قد وفاها حقها ، وحصل منه فى حقها ما يحصل من العاقل ، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم ، وهو أحد الوجهين عند أصحابنا ، وهو الظاهر من المذهب ، والآخر انه يبقى موليا ، فانه اذا وطىء بعد إفاقته تجب عليه الكفارة ، لان وطأه الاول ما حنث به ، واذا بقيت يمينه بقى الايلاء ، كما لو لم يطأ . وهذا هو قول المزنى .

وينبغى أن يستأنف له مدة الايلاء من حين وطأ لانه لا ينبغى أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ، ولا تطلق عليه لانتفائها وهى موجودة ؛ ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل تضرب له المدة اذا عقل لأنه حينئذ يمنع

من الوطء بحكم يمينه ، ومن قال بالأول قال قد وفاها حقها فلم يبق الايلاء ، كما لو حنث، ولا يمتنع انتفاء الايلاء مع اليمين كما لو حلف لا يطأ أجنبية ثم تزوجها .

(فرع) إذا وطىء العاقل ناسياً ليمينه فهل يحنث ؟ على روايتين ، فإن قلنا يحنث انحل إيلاؤه وذهبت يمينه . وإن قلنا لا يحنث فهل ينحل إيلاؤه ؟ على وجهين قياساً على المجنون . وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ثم وجدها على فراشه فظنها الأخرى فوطئها ، لأنه جاهل بها ، والجاهل كالناسى فى الحنث . وكذلك إن ظنها أجنبية فبانت زوجته

(فرع) إن استدخلت ذكره وهو نائم لم يحنث لأنه لم يفعل ما حلف عليه ولأن القلم مرفوع عنه ، وهل يخرج من حكم الايلاء ؟ فيه وجهان أحدهما : يخرج لأن المرأة وصلت الى حقها فأشبه ما لو وطىء . والثانى : لا يخرج من حكم الايلاء لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين فكان موليا كما لو لم يفعل به ذلك ؛ والحكم فيما اذا وطىء وهو نائم كذلك لأنه لا يحنث به

(مسألة) قوله : وإن وطئها وهناك مانع من إحرام الخ ، لجملة ذلك أنه اذا وطئها وطئا محرما مثل أن وطئها حائضا أو نفساء أو محرمة او صائمة صوم فرض أو كان محرماً او صائماً أو مظاهراً حنث وخرج من الايلاء ، وعند أحمد وأصحابه قولان : أحدهما هـذا ، والثانى وهو قول القاضى أبو بكر أن قياس المذهب أن لا يخرج من الايلاء لانه وطء لا يؤمر به فى الفيئـة فلم يخرج به من الايلاء كالوطء فى الدبر ، ولا يصح هذا لأن يمينه انحلت ولم يبق ممتنعا من الوطء بحكم اليمين فلم يبق الايلاء ، كما لو كفر يمينه أو كما لو وطئها مريضة . وقد نص أحمد فيمن حلف ثم كفر يمينه أنه لا يبقى موليا لعدم حكم اليمين مع أنه ما وفاها حقها فلأن يزول بزوال اليمين بحنثه أولى .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وان لم يطلقها ولم يطأها حتى انقضت المدة نظرت - فإن لم يكن عـذر يمنع الوطء - ثبت لها المطالبة بالفيئة أو الطلاق ، لقوله عز وجل

« للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر ، فإن فاءوا فان الله غفور رحيم ، وإن عزموا الطلاق فان الله سميع عليم »

وإن كانت الزوجة أمة لم يجز للمولى المطالبة ، وإن كانت مجنونة لم يكن لوليها المطالبة ، لأن المطالبة بالطلاق أو الفيئة طريقها الشهوة ، فلا يقوم الولى فيه مقامها ، والمستحب أن يقول له فى المجنونة : اتق الله فى حقها فاما أن تفى اليها أو تطلقها . وإن ثبتت لها المطالبه فعفت عنها الزوجة جاز لها أن ترجع وتطالب ، لأنها انما ثبت لها المطالبة لدفع الضرر بترك الوطء ، وذلك يتجدد مع الأحوال فجاز لها الرجوع ، كما لو أعسر بالنفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ . وإن طولب بالفيئة فقال أمهلونى ففيه قولان :

(أحدهما) يمهل ثلاثة أيام لأنه قريب . والدليل عليه قوله عز وجل « ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب ، فعقروها فقال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب » ولهذا قدر به الخيار فى البيع

(والثانى) يمهل قدر مايحتاج اليه للتأهب للوطء ، فان كان ناعساً أمهل الى أن ينام . وإن كان جائعا أمهل الى أن يأكل ، وإن كان شبعاناً أمهل الى يخف . وإن كان صائما أمهل الى أن يفطر ، لأنه حق حل عليه وهو قادر على أدائه فلم يمهل أكثر من قدر الحاجة كالدين الحال

(الشرح) اذا انقضت المدة فلها المطالبه بالفيئه ان لم يكن عذر ، فان طالبته فطلب الإمهال فان لم يكن له عذر لم يمهل ، لأنه حق توجه عليه لا عذر له فيه فلم يمهل به كالدين الحال ؛ ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر ، وانما يؤخر قدر مايتمكن من الجماع فى حكم العادة ، فانه لا يلزمه الوطء فى مجلسه وليس ذلك بإمهال

فان قال : أمهلونى حتى آكل فانى جائع ، أو ينهضم الطعام فانى كظيظ ، أو أصلى الفرض ، أو أفطر من صوم ففيه وجهان :

(أحدهما) أمهل ثلاثة أيام ، لقوله تعالى « تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام »

ولهذا قدر به الخيار فى البيع (والثانى) أمهل بقدر ذلك ، فإنه يعتبر أن يصير إلى حال يجامع فى مثلها فى العادة ، وكذلك يمهل حتى يرجع إلى بيته ، لأن العادة فعل ذلك فى بيته . وإن كان لها عـذر يمنع من وطئها لم يكن لها المطالبة بالفيئة لأن الوطء ممتنع من جهتها ، فلم يكن لها مطالبته بما يمنعه منه ، ولأن المطالبة مع الاستحقاق وهى لا تستحق الوطء فى هذه الأحوال وليس لها المطالبة بالطلاق لأنه إنما يستحق عنـد امتناعه من الفيئة الواجبة ، ولم يجب عليه شىء ، ولكن تتأخر المطالبة إلى حال زوال العذر ، إن لم يكن العذر قاطعاً المدة كالحيض ، أو كان العذر حدث بعد انقضاء المـدة

فان عفت عن المطالبة بعد وجوبها فانه لا يسقط حقها فى المطالبة متى شاءت وعند أحمد وأصحابه وجهان : أحدهما يسقط حقها وليس لها المطالبة بعده . وقال القاضى : هذا قياس المذهب لأنها رضيت بإسقاط حقها من الفسخ لعـدم الوطء فسقط حقها كامرأة العنين إذا رضيت بعنته . والثانى لا يسقط حقها ولها المطالبة متى شاءت .

دليلنا أن المطالبة إنما ثبتت لرفع الضرر بترك ما يتجدد من الأحوال فكان لها الرجوع ، كما لو أعسر فى النفقة فعفت عن المطالبة بالفسخ ثم طالبت ، وفارق الفسخ للعنـة ، فانه فسخ لعيبه ، فمتى رضيت بالعيب سقط حقها ، كما لو عفا المشترى عن عيب المبيع . وان سكتت عن المطالبة ثم طالبت بعد فلها ذلك ، لأن حقها يثبت على التراخى فلم يسقط بتأخير المطالبة كاستحقاق النفقة

(فرع) الأمة كالحرة فى استحقاق المطالبه ، سواء عفا السيد عن ذلك أو لم يعف ، لأن هذا حقها من الاستمتاع ، فان تركت المطالبه لم يكن لمولاها الطلب لأنه لا حق له .

وإن كانت المرأة صغيرة أو مجنونه فليس لها المطالبه لأن قولها غير معتبر وليس لوليهما المطالبه لها ، لأن هذا طريقه الشهوة فلا يقوم غيرهما مقامهما فيه فان كانتا ممن لا يمكن وطؤهما لم يحتسب عليه بالمـدة . لأن المنع من جهتهما ، وإن كان وطؤهما ممكناً ـ فإن أفاقت المجنونة أو بلغت الصغيرة قبل انقضاء المدة تمت المدة ثم لها المطالبه ، وإن كان ذلك بعد انقضاء المدة فلها المطالبه يومئذ ،

لأن الحق لها ثابت . وإنما تأخر لعدم امكان المطالبه . وقال الشافعي: لا تضرب المدة في الصغيرة حتى تبلغ وقال أبو حنيفه تضرب المدة سواء أمكن الوطء أو لم يمكن فإن لم يمكن فاء بلسانه ، والا بانت بانقضاء المدة ، وكذلك الحكم عنده في الناشز والرتقاء والقرناء والتي غابت في المدة ، لأن هذا ايلاء صحيح فوجب أن تتعقبه المدة كالتي يمكنه جماعها .

دليلنا أن حقها من الوطء يسقط بتعذر جماعها فوجب أن تسقط المدة المضروبة له كما يسقط أجل الدين بسقوطه . وأما التي أمكنه جماعها فتضرب له المدة في حقها لأنه ايلاء صحيح ممن يمكنه جماعها فتضرب له المـــدة كالبالغة ، ومتى قصـد الاضرار بها بترك الوطء أثم ، ويستحب أن يقال له : اتق الله . فإما أن تفيء وإما أن تطلق ، فإن الله تعالى قال « وعاشروهن بالمعروف » وقال تعـالى « فإمسـاك بمعروف أو تسريح بإحسان » وليس الاضرار من المعاشرة بالمعروف .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصـل) وإن وطئها في الفرج فقد أوفاها حقها ويسقط الإيلاء ، وأدناه أن تغيب الحشفه في الفرج لأن أحكام الوطء تتعلق به ، وان وطئها في الموضع المكروه أو وطئها فيما دون الفرج لم يعتد به ؛ لأن الضرر لا يزول الا بالوطء في الفرج ، فإن وطئها في الفرج : فان كانت اليمين بالله تعالى فهل تلزمه الـكفارة ؟ فيه قولان :

قال في القديم . لا تلزمه لقوله عز وجل « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » فعلق المغفرة بالفيئه ، فدل على أنه قد استغنى عن الـكفارة .

وقال في الجديد تلزمه الـكفارة . وهو الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم : « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذي هو خير ، وليكفر عن يمينه » ولأنه حلف بالله تعالى وحنث فلزمته الـكفارة ، كما لو حلف على ترك صلاة فصلاها .

واختلف أصحابنا في موضع القولين ؛ فمنهم من قال : القولان فيمن جامع

وقت المطالبة ، فأما إذا وطىء فى مدة التربص فإنه يجب عليه الكفارة قولا واحدا لأن بعد المطالبة الفيئة واجبة ، فلا يجب بها كفارة كالحلق عند التحلل ، ومنهم من قال القولان فى الحالين ، ويخالف كفارة الحج فانها تجب بالمحظور ، والحلق المحظور هو الحلق فى حال الاحرام وأما الحلق عند التحلل فهو نسك ، وليس كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث ، والحنث الواجب كالحنث بالمحظور فى إيجاب الكفارة . وان كان الايلاء على عتق وقع بنفس الوطء لأنه عتق معلق على شرط فوقع بوجوده وان كان على نذر عتق أو نذر صوم أو صلاة أو التصدق بمال فهو بالخيار بين أن يفى بما نذر وبين أن يكفر كفارة يمين ، لأنه نذر نذراً على وجه اللجاج والغضب ، فيخير فيه بين الكفارة وبين الوفاء بما نذر ، وإن كان الايلاء على الطلاق الثلاث طلقت ثلاثا لأنه طلاق معلق على شرط فوقع بوجوده . وهل يمنع من الوطء أم لا ؟ فيه وجهان

(أحدهما) وهو قول أبى على بن خيران : انه يمنع من وطئها لانها تطلق قبل أن ينزع فيمنع منه ، كما يمنع فى شهر رمضان أن يجامع وهو يخشى أن يطلع الفجر قبل أن ينزع .

(والثانى) وهو المذهب أنه لا يمنع لان الايلاج صادف النكاح ، والذى يصادف غير النكاح هو النزع ، وذلك ترك الوطء ، وما تعلق التحريم بفعله لا يتعلق بتركه . ولهذا لو قال لرجل : ادخل دارى ولا تقم فيها جاز أن يدخل ثم يخرج . وان كان الخروج فى حال الحظر .

وأما مسئلة الصوم فقد ذكر بعض أصحابنا أنها على وجهين :

(أحدهما) أنه لا يمنع فلا فرق بينها وبين مسألتنا ، فعلى هذا لا يزيد على تغييب الحشفة فى الفرج ثم ينزع ، فان زاد على ذلك أو استدام لم يجب عليه الحد لأنه وطء اجتمع فيه التحليل والتحريم فلم يجب به الحد ، وهل يجب به المهر؟ فيه وجهان (أحدهما) يجب كما تجب الكفارة على الصائم إذا أولج قبل الفجر واستدام بعد طلوعه

(والثانى) لا يجب لان ابتداء الوطء يتعلق به المهر الواجب بالنكاح ، لان المهر فى مقابلة كل وطء يوجد فى النكاح ، وقد تكون مفوضة فيجب عليه المهر

بتغييب الحشفة ، فلو أوجبنا بالاستدامة مهراً أدى إلى إيجاب مهرين بإيلاج واحد ، وليس كذلك الكفارة ، فانها لا تتعلق بابتداء الجماع فلا يؤدى ايجابها فى الاستدامة إلى إيجاب كفارتين بإيلاج واحد ، وإن نزع ثم أولج نظرت ، فان كانا جاهلين بالتحريم ، بأن اعتقدا أن الطلاق لا يقع إلا باستكمال الوطء ، لم يجب عليهما الحد للشبهة ، فعلى هذا يجب المهر ، وإن كانا عالمين بالتحريم ففى الحد وجهان :

(أحدهما) أنه يجب لانه إيلاج مستأنف محرم من غير شبهة فوجب به الحد كالايلاج فى الاجنبية ، فعلى هذا لا يجب المهر ، لانها زانية

(والثانى) لا يجب الحد ، لان الايلاجات وطء واحد ، فاذا لم يجب فى أوله لم يجب فى إتمامه ، فعلى هذا يجب لها المهر . وان علم الزوج بالتحريم وجهلت الزوجة ، أو علمت ولم تقدر على دفعه ، لم يجب عليها الحد ، ويجب لها المهر . وفى وجوب الحد على الزوج وجهان ، وان كان الزوج جاهلا بالتحريم وهى عالمة ففى وجوب الحد عليها وجهان (أحدهما) يجب ، فعلى هذا لا يجب لها المهر ، (والثانى) لا يجب فعلى هذا يجب لها المهر .

(الشرح) قال ابن المنذر : أجمع كل من يحفظ عنه من أهل العلم على أن الفىء الجماع لمن لا عذر له ، فان كان له عذر مرض أو سجن أو شبه ذلك فان ارتجاعه صحيح وهى امرأته .

أما الحديث فقد رواه أحمد ومسلم والنسائى وابن ماجه عن عدى بن حاتم قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « من حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليأت الذى هو خير وليكفر عن يمينه » وسيأتى فى الأيمان جميع طرقه وألفاظه ومذاهب العلماء فيه . أما المطلوب هنا فهو أن الفيئة الجماع ليس فى هذا اختلاف . كذلك قال ابن عباس وعلى وابن مسعود . وبه قال مسروق وعطاء والشعبى والنخعى وسعيد بن جبير والثورى والاوزاعى والشافعى وأحمد وأبو عبيدة وأصحاب الرأى ومالك فى المدونة والمبسوط وعبدالملك بن الماجشون كل ذلك اذا لم يكن عذر . وأصل الفىء الرجوع ، ولذلك يسمى الظل بعد الزوال

فيئاً لأنه رجع من المغرب إلى المشرق ، فسمى الجماع من المولى فيئة ، لأنه رجع إلى فعل ما تركه ، وأدنى الوطء الذى تحصل به الفيئة أن تغيب الحشفة فى الفرج فان أحكام الوطء تتعلق به ، ولو وطىء دون الفرج أو فى الدبر لم يكن فيئة لأنه ليس بمحلوف على تركه ولا يزول الضرر بفعله .

(فرع) إذا فاء لزمته الكفارة فى قول أكثر أهل العلم أبو حنيفة ومالك والشافعى فى الجديد وأحمد وأصحابهم حيث أوجبوا الكفارة على المولى إذا فاء بجماع امرأته . وقال الشافعى فى القديم والحسن البصرى : لا كفارة عليه لقوله تعالى « فإن فاءوا فإن الله غفور رحيم »

قال النخعى : كانوا يقولون إذا فاء لا كفارة عليه . وقال إسحاق : قال بعض أهل التأويل فى قوله تعالى « فإن فاءوا » يعنى لليمين التى حنثوا فيها ، وهو مذهب فى الأيمان لبعض التابعين فيمن حلف على بر أو تقوى أو باب من الخير ألا يفعله ، فانه يفعله ولا كفارة عليه ، والحجة له « فان فاءوا فان الله غفور رحيم » ولم يذكر كفارة . وأيضا فان هذا يتركب على أن لغو اليمين ما حلف على معصية وترك وطء الزوجة معصية .

وقال قتادة : هذا خالف الناس ـ يعنى الحسن البصرى ـ

وقد يستدل لهذا القول بحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده مرفوعا « لا نذر ولا يمين فيما لا تملك ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم ، ومن حلف على يمين فرأى غيرها خيراً منها فليتركها فإن تركها كفارتها » رواه النسائى وأبو داود ، وقد ذكر البيهقى فى شعب الايمان أنه لم يثبت . وقال أبو داود : الأحاديث كلها عن النبى صلى الله عليه وسلم « وليكفر عن يمينه الاما لايعبأ به » وقد اختلف أصحابنا فى موضع القولين : فمنهم من قال وجه الخلاف فيمن جامع وقت المطالبة . أما فى وقت التربص فان الكفارة واجبة عليه قولا واحداً ، لأن الفيئة واجبة بعد المطالبة فلا يجب بها كفارة كالحلق عند التحلل من الإحرام ، ومنهم من جعل القولين فى الحالين بخلاف كفارة الحج . فانما تجب بالمحظور ـ يعنى الحلق فى حال الاحرام ـ لأن الحلق عند التحلل نسك ، وليس

كذلك كفارة اليمين فانها تجب بالحنث ، والحنث الواجب كالحنث المحظور في إيجاب الكفارة .

دليلنا في ظاهر المذهب قوله تعالى « ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان فكفارته اطعام عشرة مساكين - الآية الى قوله - ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم » وقال تعالى « قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم » والحديث المتفق عليه عن عبد الرحمن ابن سمرة « اذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيراً منها فائت الذى هو خير وكفر عن يمينك » ولأنه حالف حانث في يمينه فلزمته الكفارة كما لو حلف على ترك فريضة ثم فعلها ، والمغفرة لا تنافى الكفارة : فان الله تعالى قد غفر لرسوله صلى الله عليه وسلم ما تقدم من ذنبه وما تأخر ، وقد كان يقول « انى والله لا أحلف على يمين فارى غيرها خيراً منها الا أتيت الذى هو خير وتحللتها » متفق عليه من حديث أبى موسى الاشعرى رضى الله عنه

(فرع) اذا كان الايلاء بتعليق عتق أو طلاق وقع بنفس الوطء لانه معلق بصفة وقد وجدت ، وان كان على نذر أو عتق أو صوم أو صلاة أو صدقة أو حج أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات فهو مخير بين الوفاء وبين كفارة يمين لانه نذر لجاج وغضب فهذا حكمه .

اذا ثبت هذا فقد اختلف العلماء في الايلاء في حال الغضب ، فقال ابن عباس لا ايلاء الا بغضب . وروى ذلك عن على في المشهور عنه . وقاله الليث والشعبى والحسن وعطاء ، كلهم يقولون : الايلاء لا يكون الا على وجه مغاضبة ومشارة وحرجة ومناكدة ألا يجامعها في فرجها اضراراً بها : وسواء كان في ضمن ذلك اصلاح ولد أم لا ، فان لم يكن عن غضب فليس بإيلاء .

وقال ابن سيرين : سواء كانت اليمين في غضب أو غير غضب هو ايلاء ، وقاله ابن مسعود والثورى ومالك وأهل العراق والشافعى وأحمد وأصحابهما ، الا أن مالكا قال : ما لم يرد اصلاح ولد

قال ابن المنذر : وهذا أصح ، لانهم لما أجمعوا أن الظهار والطلاق وسائر الأيمان سواء في حال الغضب والرضا كان الايلاء كذلك . ويدل على كلام

ابن المنذر عموم القرآن ، وتخصيص حالة الغضب يحتاج إلى دليل ولا يؤخذ من وجه يلزم . أفاده القرطبي

وإن علق الطلاق الثلاث بوطئها لم يؤمر بالفيئة وأمر بالطلاق في قول بعض أصحابنا ، لأن الوطء غير ممكن لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة ، فيصير مستمتعاً بأجنبية . وأكثر أصحابنا قالوا تجوز الفيئة ، لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء .

وقال بعض أصحاب أحمد : إن كلام أحمد يقتضي روايتين (كهذين الوجهين) وقال ابن قدامة ، واللائق بمذهب أحمد تحريمه لوجوه : أحدها أن آخر الوطء حصل في أجنبية ، فإن النزع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج ، وقد شبه أصحابنا ذلك بمن طلع عليه الفجر وهو مجامع فنزع أنه يفطر ، والتحريم ههنا أولى لأن الفطر بالوطء ويمكن منع كون النزع وطئاً ، والمحرم ههنا الاستمتاع ، والنزع استمتاع فكان محرما ولان لمسها على وجه التلذذ بها محرم فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحريم فإن قيل فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الحرام كما لو اختلط لحم خنزير بلحم مباح لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير حرم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة أو امرأته بأجنبية حرم الكل ؛ وهذا وجه اختاره أبو علي بن خيران . وهو الصحيح من مذهب أحمد ، والصحيح عندنا قال المصنف وهو المذهب : تجوز الفيئة لأن النزع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء ، فإن وطيء فعليه أن ينزع حين يولج الحشفة ولا يزيد على ذلك ، ولا يلبث ولا يتحرك عند النزع لأنها اجنبية فإذا فعل ذلك فلا حد ولا مهر لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الايلاج فلا حد عليه لتمكن الشبهة منه لكونه وطئاً بعضه في زوجته ، وفي المهر وجهان

(أحدهما) يلزمه ، لأنه حصل منه وطء محرم في محل غير مملوك فأوجب المهر كما لو أولج بعد النزع .

(والثاني) لا يجب ، لأنه تابع الايلاج في محل مملوك فكان تابعاً له في المهر الأول ، وفي إيجابه بالاستدامة يؤدي إلى إيجاب مهرين بإيلاج واحد .

وان نزع ثم أولج — وكانا جاهلين بالتحريم — فلا حد عليهما وعليه المهر لها ويلحقه النسب . وإن كانا عالمين بالتحريم ففيه وجهان (أحدهما) عليهما الحد

لأنه إيلاج فى أجنبية بغير شبهة فأشبه ما لو طلقها ثلاثاً ثم وطئها ولا مهر لها ، لأنها مطاوعة على الزنا .

(والثانى) لا يجب الحد عليهما ، لأن هذا مما يخفى على كثير من الناس لأن الوطء الواحد يشتمل على ايلاجات فالم يجب فى أوله لم يجب فى اتمامه ، ومن ثم وجب لها المهر ، والصحيح الاول لأن الكلام فى العالمين وليس هو فى مظنة الخفاء ، فإن أكثر المسلمين يعلمون أن الطلاق الثلاث محرّم للمرأة ، ويحتمل أن لا يقام الحد عليهما اذا تأولا ذلك باعتبار أن الطلاق الثلاث بلفظ واحد كان طلقة واحدة فى عهده صلى الله عليه وسلم وخلافة الصديق وصدراً من خلافة عمر ، لقوله صلى الله عليه وسلم « ادرءوا الحدود بالشبهات » .

وان كان أحدهما عالماً والآخر جاهلا نظرت ـ فإن كان هو العالم ـ فعليه الحد ولها المهر ولا يلحقه النسب لأنه زان محدود ، وان كانت هى العالمة دونه فعليها الحد وحدها ولا مهر لها والنسب لاحق بالزوج لان وطأه وطء شبهة ، هذا هو أظهر الوجهين اللذين ساقهما المصنف ، وبه قال أحمد وأصحابه قولا واحداً .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان طلق فقد سقط حكم الايلاء وبقيت اليمين ، فإن امتنع ولم يف ولم يطلق ففيه قولان . قال فى القديم لا يطلق عليه الحاكم ، لقوله صلى الله عليه وسلم « الطلاق لمن أخذ بالساق » ولان ما خير فيه الزوج بين أمرين لم يقم الحاكم فيه مقامه فى الاختيار ، كما لو أسلم وتحته أختان ، فعلى هذا يحبس حتى يطلق أو يفىء ، كما يحبس اذا امتنع من اختيار احدى الاختين

وقال فى الجديد يطلق الحاكم عليه ، لان ما دخلت النيابة فيه وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم فيه مقامه كقضاء الدين ، فعلى هذا يطلق عليه طلقة وتكون رجعية

وقال أبو ثور : تقع طلقة بائنة ، لانها فرقة لدفع الضرر لفقد الوطء فكانت بائنة كفرقة العنين ، وهذا خطأ لانه طلاق صادف مدخولا بها من غير

عوض ولا استيفاء عـدد فكان رجعيا كالطلاق من غير إيلاء ، ويخالف فرقة العنين فإن تلك الفرقة فسخ وهذا طلاق ، فاذا وقع الطلاق ولم يراجع حتى بانت ثم تزوجها والمدة باقية فهل يعود الايلاء ؟ على ماذكرناه فى عود اليمين فى النكاح الثانى ، فان قلنا يعود فان كانت المدة باقية استؤنفت مدة الايلاء ثم طولب بعد انقضائها بالفيئة أو الطلاق ، فان راجعها والمدة باقية استؤنفت المـدة وطولب بالفيئة أو الطلاق . وعلى هذا الى أن يستوفى الثلاث ، فإن عادت اليه بعد استيفاء الثلاث والمدة باقية ، فهل يعود الايلاء ؟ على قولين

(فصـل) وإن انقضت المدة وهناك عذر يمنع الوطء نظرت فان كان لمعنى فيها كالمرض والجنون الذى لا يخاف منه أو الاغماء الذى لا تمييز معه أو الحبس فى موضع لا يصل اليه ، أو الاحرام أو الصوم الواجب أو الحيض أو النفاس لم يطالب لأن المطالبة تكون مع الاستحقاق ؛ وهو لا تستحق الوطء فى هـذه الأحوال فلم تجز المطالبة به .

وان كان العذر من جهته نظرت ـ فان كان مغلوباً على عقله ـ لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصلح منه جواب ، فإن كان مريضا مرضا يمنع الوطء أو حبس بغير حق حبسا يمنع الوصول اليه طولب أن يفىء فيئة المعذور باللسانه . وهو أن يقول لست أقدر على الوطء ولو قدرت لفعلت ، فإذا قدرت فعلت

وقال أبو ثور : لا يلزمه الفيئة باللسان ، لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالفيئة باللسان ، وهذا خطأ ، لأن القصد بالفيئة ترك ماقصد اليه من الاضرار ، وقد ترك القصد الى الاضرار بما أتى به من الاعتذار ، ولأن القول مع العـذر يقوم مقام الفعل عند القدرة ، ولهذا نقول : ان اشهاد الشفيع على طلب الشفعة فى حال الغيبة يقوم مقام الطلب فى حال الحضور فى اثبـات الشفعة ، واذا فاء باللسان ثم قدر طولب بالوطء ، لأنه تأخر بعـذر ، فاذا زال العذر طولب به .

(الشرح) الحديث أخرجه ابن ماجه والدارقطنى والطبرانى وابن عـدى ، وفى اسناد ابن ماجه ابن لهيعه ، وكلام المحدثين فيه معروف ، وفى اسناد الطبرانى يحيي الحمانى ضعيف ، وفى اسناد ابن عـــدى والدارقطنى عصمة بن مالك ،

وفى التقريب أنه صحابى . وطرقه يقوى بعضها بعضا قال ابن القيم : ان حديث ابن عباس وان كان فى اسناده ما فيه فالقرآن يعضده وعمل الصحابة ، وأراد بالقرآن قوله تعالى « اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن » وقوله تعالى « اذا طلقتم النساء » الآية

أما الاحكام ، فانه اذا امتنع من الفيئه بعد التربص أو امتنع المعذور من الفيئه بلسانه ، أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره أمر بالطلاق ، فان طلق وقع طلاقه الذى أوقعه واحدة كانت أو أكثر ، وليس للحاكم اجباره على أكثر من طلقه لأنه يحصل الوفاء بحقها بها فانه يفضى الى البينونه والتخلص من ضرره وان امتنع من الطلاق طلق الحاكم عليه فى أحد القولين . وبهذا قال مالك . وعن أحمد رواية : ليس للحاكم الطلاق عليه لأن ما تخير الزوج فيه بين أمرين لم يقم الحاكم مقامه فيه كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم وتحته أكثر من أربع نسوة أو أختان ، فعلى هـذا يحبسه ويضيق عليه حتى يفىء أو يطلق ، وهذا قول آخر عندنا

دليل القول الاول أن ما دخلته النيابة وتعين مستحقه وامتنع من هو عليه قام الحاكم مقامه فيه كقضاء الدين ، وفارق الاختيار فانه ما تعين مستحقه . وهذا أصح فى المذهب عند أحمد ، وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ويطلق الا أن تطلب المرأة ذلك ، لأنه حق لها ، وانما الحاكم يستوفى لها الحق فلا يكون الا عند طلبها .

(فرع) اذا انقضت المدة فادعى أنه عاجز عن الوطء — فإذا كان قد وطئها مرة لم تسمع دعواه العنة ، كما لا تسمع دعواها عليه . ويؤخذ بالفيئه أو بالطلاق كغيره ، وان لم يكن وطئها ـ ولم تكن حاله معروفه ـ فقال القاضى تسمع دعواه ويقبل قوله ، لأن التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره ، هذا هو ظاهر المذهب وبه قال أحمد وأصحابه ، ولها أن تسأل الحاكم فيضرب لها مدة العنه بعد أن يفىء فيئه أهل الاعذار .

وفيه وجه آخر : أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فى دعوى ما يسقط عنه حقا توجه عليه الطلب به والاصل سلامته

وإن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته ، والقول قوله فى عدم الإصابة

(فرع) الطلاق الواجب على المولى رجعى ، سواء أوقعه بنفسه أو طلق الحاكم عليه وعند أحمد روايتان . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله - يعنى أحمد ابن حنبل - فى المولى فإن طلقها ؟ قال تكون واحدة وهو أحق بها ، وذكر أبو بكر رواية أخرى : أن فرقة الحاكم تكون بائنا .

وقال ابن قدامة : قال القاضى : المنصوص عن أحمد فى فرقة الحاكم أنها تكون بائنا ، فإن فى رواية الأثرم وقد سئل : إذا طلق عليه السلطان أتكون واحدة ؟ فقال : إذا طلق فهى واحدة وهو أحق بها ، فأما تفريق السلطان فليس فيه رجعة .

وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن سواء طلق هو أو طلق عليه الحاكم لأنها فرقة لرفع الضرر فكان بائناً كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية لم يندفع الضرر لأنه يرتجعها فيبقى الضرر . وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق بانقضاء المدة بائناً ، ووجه الأول أنه طلاق صادف مدخولا بها من غير عوض ولا استيفاء عدد فكان رجعياً كالطلاق فى غير الايلاء ، ويفارق فرقة العنة لأنها فسخ لعيب . وهذه طلقة . ولأنه لو أبيح له ارتجاعها لم يندفع عنها الضرر وهذه يندفع عنها الضرر ، فإنه إذا ارتجعها ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يئس من وطئه فلا فائدة فى رجعته ، وهذا غير عاجز ورجعته دليل على رغبته فيها وإقلاعه عن الاضرار بها فافترقا .

ثم إن المولى اذا امتنع من الفيئة والطلاق معاً وقام الحاكم مقامه فانه لا يملك من الطلاق الا واحدة ، لأن إيفاء الحق يحصل بها فلم يملك زيادة عليها كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين فى حق الممتنع

وقال أحمد وأصحابه : ان الحاكم قائم مقامه فملك من الطلاق ما يملكه فاذا رأى طلقها واحدة وإذا رأى طلقها ثلاثا

(مسألة) وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يمكن اداؤه طولب بالفيئة

لأنه قادر على أداء ماعليه نحوها ، فان لم يفعل أخذ بالطلاق ، وان كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور

وان كان مغلوبا على عقله بجنون أو إغماء لم يطالب لأنه لا يصلح للخطاب ولا يصح منه الجواب ؛ وتتأخر المطالبة الى حال القدرة وزوال العذر ثم يطالب حينئذ . وان كان مجبوبا وقلنا يصح إيلاؤه فاء فيئة المعذور ، فيقول : لو قدرت جامعتها . فتى قدر فلم يفعل أمر بالطلاق ، لأنه اذا وقف وطولب بالفيئة وهو قادر عليها فلم يفعل أمر بالطلاق ، وهذا قول من يقول : يوقف المولى . لأن الله تعالى قال « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » فإذا امتنع من أداء الواجب لها عليه فقد امتنع من الامساك بالمعروف ، فيؤمر بالتسريح بالاحسان ، وان كان معذوراً ففاء بلسانه ثم قدر على الوطء أمر به ، فإن فعل والا أمر بالطلاق وبهذا قال أحمد بن حنبل رضى الله عنه .

وقال القاضى أبو بكر من أصحابه : إذا فاء بلسانه لم يطالب بالفيئة مرة أخرى وخرج من الايلاء ، وهو قول الحسن وعكرمة والاوزاعى لأنه فاء مرة فخرج من الايلاء ولم تلزمه فيئة ثانية ، كما لو فاء بالوطء

وقال أبو حنيفه : تستأنف له مدة الايلاء : لأنه وفاها حقها بما أمكنه من الفيئه فلا يطالب الا بعد استئناف مدة الايلاء كما لو طلقها . دليلنا أنه أخر حقها لعجزه عنه فإذا قدر عليه لزمه أن يوفيها اياه كالدين على المعسر اذا قدر عليه . وما ذكروه فليس بحقها ولا يزول الضرر عنها به وانما وعدها بالوفاء ولزمها الصبر عليه ، وانظاره كالغريم المعسر

(فرع) وليس على من فاء بلسانه كفارة ولا حنث لأنه لم يفعل المحلوف عليه ، وانما وعد بفعله فهو كمن عليه دين حلف أن لا يوفيه ثم أعسر به فقال : متى قدرت وفيته .

اذا ثبت هذا فانه اذا مضت المدة وبالمولى عذر يمنع الوطء من مرض أو حبس بغير حق أو غيره لزمه أن يفىء بلسانه فيقول : متى قدرت جامعتها ونحو هذا . وممن قال يفىء بلسانه اذا كان ذا عذر ابن مسعود وجابر بن زيد والنخعى والحسن والزهرى والثورى والأوزاعى وعكرمة وأبو عبيد وأصحاب الرأى

وقال سعيد بن جبير : لا يكون الفيء إلا بالجماع فى حال العذر وغيره . وقال أبو ثور : إذا لم يقدر لم يوقف حتى يصح أو يصل ان كان غائباً ولا تلزمه الفيئة بلسانه لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض أصحابنا يحتاج أن يقول : قد ندمت على ما فعلت وان قدرت وطئت

ولنا أن القصد بالفيئة ترك ما قصده من الاضرار وقد ترك قصد الاضرار بما أتى به من الاعتذار ، والاعتذار بالقول يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن اشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها يقوم مقام طلبها فى الحضور فى إثباتها ، ولا يحتاج أن يقول ندمت ، لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين وقد حصل بظهور عزمه عليه

وقال ابن قدامة وأبو الخطاب والقاضى أبو بكر من الحنابلة : ان فيئة المعذور أن يقول فئت اليك ، وهو قول الثورى وأبى عبيد وأصحاب الرأى . وقال أبو ثور لا يلزمه الفيئة باللسان لأن ذلك لا يغير من الأمر شيئاً ولا يفيدها فى شيء أن يعدها بالفعل عند القدرة ، وهذا خطأ لأن الابانة عن القصد بترك الاضرار مع ما فيه من نوع اعتذار والاخبار بإزالته للضرر عند إمكانه ، كل ذلك يقوم مقام الفعل عند القادر عليه ، كما قلنا فى إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها .

ونخلص من هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل ويؤمر بالطلاق ، لأن الامتناع بسبب منه ، فلا يسقط حكما واجباً عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن انقضت المدة وهو غائب ، فإن كان الطريق آمنا فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو بحملها اليه أو بالطلاق ، وان كان الطريق غير آمن فاء فيئة معذور الى أن يقدر ، فإن لم يفعل أخذ بالطلاق

(فصل) وإن انقضت المدة وهو محرم قيل له : ان وطئت فسد إحرامك وان لم تطأ أخذت بالطلاق ، فإن طلقها سقط حكم الايلاء ، وإن وطئها فقد أوفاها حقها وفسد نسكه ، وان لم يطأ ولم يطلق ففيه وجهان : أحدهما : يقتنع

منه بفيئة معــذور إلى أن يتحلل ، لأنه غير قادر على الوطء ، فأشبه المريض والمحبوس (والثانى) لا يقتنع منه ، وهو ظاهر النص لأنه امتنع من الوطء بسبب من جهته .

(فصل) وان انقضت المدة وهو مظاهر قيل له : ان وطئت قبل التكفير أثمت للظهار : وان لم تطأ أخذت بالطلاق . فإن قال أمهلونى حتى أشترى رقبة أكفر بها أمهل ثلاثة أيام . وان قال أمهلونى حتى أكفر بالصـيام لم يمهل ، لأن مدة الصيام تطول ، وان أراد أن يطأها قبل أن يكفر وقالت المرأة : لا أمكنك من الوطء لأنى محرمة عليك فقد ذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى رحمه الله : انه ليس لها أن تمتنع ، فإن امتنعت سقط حقها من المطالبة ، كما نقول فيمن له دين على رجل فأحضر مالا فامتنع صاحب الحق من أخذه وقال : لا آخذه لأنه مغصوب أنه يلزمه أن يأخذه أو يبرئه من الدين ؛ وعندى أن لها أن تمتنع لأنه وطء محرم فجاز لها أن تمتنع منه كوطء الرجعية ، ويخالف صاحب الدين فإنه يدعى أنه مغصـوب والذى عليه الدين يدعى أنه ماله ، والظاهر معه . فان اليد تدل على الملك ، وليس كذلك وطء المظاهر منها ، فانهما متفقان على تحريمه ، فنظيره من المـال أن يتفقا على أنه مغصوب فلا يجبر صاحب الدين على أخذه

(فصــل) وإن انقضت المدة فادعى أنه عاجز ولم يكن قد عرف حاله أنه عنين أو قادر ففيه وجهان :

(أحـدهما) وهو ظاهر النص أنه يقبل قوله لأن التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره فقبل قوله فيه مع اليمين ، فان حلف طولب بفيئة معذور أو يطلق ، والوجه الثانى أنه لا يقبل قوله لأنه متهم فعلى هذا يؤخذ بالطلاق .

(فصل) وإن آلى المجبوب وقلنا انه يصح ايلاؤه أو آلى وهو صحيح الذكر وانقضت المدة وهو مجبوب فاء فيئة معذور ، وهو أن يقول : لو قدرت فعلت فإن لم يفىء أخذ بالطلاق

(فصــل) وان اختلف الزوجان فى انقضاء المدة فادعت المرأة انقضاءها وأنـكر الزوج فالقول قول الزوج ، لأن الأصل أنها لم تنقض ، ولأن هذا

اختلاف فى وقت الايلاء فكان القول فيه قوله ، وان اختلفا فى الاصابة فادعى الزوج أنه أصابها وأنكرت المرأة فعلى ما ذكرناه فى العنين

(الشرح) إذا انقضت المدة وهو محرم أو محبوس فى حق عليه نظرت فإن كان الطريق آمناً والحق الذى عليه يمكنه أداؤه ، فإن انقضت المدة وهو غائب فلها أن توكل من يطالبه بالمسير اليها أو يحملها هى اليه أو يأمره بأداء ما عليه ، فإن لم يفعل أمر بالطلاق ، فإن كان عاجزاً عن أدائه أو حبس ظلماً أمر بفيئة المعذور ، وإن كان الطريق مخوفا أو له عذر يمنعه فاء فيئة المعذور . وقد مضى مزيد إيضاح فى الفصول قبله .

(فرع) سبق أن قلنا إن الامتناع بسبب منه لا يسقط حكما واجبا عليه ، وجملة ذلك أن الاحرام والاعتكاف المنذور وكفارة الظهار كل أولئك لا يؤمر بالوطء فيه لأنه محرم عليه ، ولكن يؤمر بالطلاق . ووجه هذا أنه عاجز عن الوطء بأمر لا يمكنه الخروج منه فأشبه المريض ، فإن لم يطأها حين انقضاء المدة — لخوفه من فساد نسكه — لأنه اذا وطئها فقد أوفاها حقها وارتكب إثم إفساد نسكه ، أخذ بطلاقها ، فان لم يطلقها ولم يطأها ففيه وجهان

(أحدهما) يكتفى منه بفيئة المعذور الى أن يتحلل فيكون كالمريض

(والثانى) لا يكتفى منه ، وهو ظاهر قوله فى الأم حيث يقول : وإذا آلى الرجل من امرأته ثم أحرم قيل له إذا مضت أربعة أشهر فإن فئت فسد إحرامك وخرجت من حكم الايلاء ، وإن لم تفىء طلق عليك لأنك أحدثت منع الجماع على نفسك ، فان فئت فأنت عاص بالاصابة وأنت متظاهر ، وليس لك أن تطأ قبل الكفارة ، وان لم تفىء فطلق أو يطلق عليك ، وهكذا لو تظاهر ثم آلى لأن ذلك كله جاء منه لا منها ولم تحرم عليه بالظهار حرمة الاجنبية

(فرع) المظاهر إذا انقضت مدته يقال له : إما أن تكفر وتفىء واما أن تطلق فإن قال أمهلونى حتى أطلب رقبة أو أطعم ، فإن علم أنه قادر على التكفير فى الحال وانما يقصد المماطلة والمدافعة والتأخير لم يمهل ، لأن الحق حال عليه ،

وإنما يمهل للحاجة ولا حاجة ، وان لم يعلم ذلك أمهل ثلاثة أيام لأنها قريبة ؛ ولا يزاد على ذلك ، وإن كان فرضه الصيام فطلب الامهال ليصوم شهرين متتابعين لم يمهل لأنه كثير ، فإن أراد أن يجامعها كان لها أن لا تمكنه من نفسها لأن هذا الوطء محرم عليهما ، وهذا هو اختيار الشيخ أبي اسحاق الشيرازى هنا واختيار ابن قدامة من الحنابلة .

وذكر الشيخ أبو حامد الاسفرايينى وبعض أصحاب الامام أحمد أنه يلزمها التمكين ، وإن امتنعت سقط حقها ، لأن حقها فى الوطء وقد بذله ؛ ومتى وطئها فقد وفاها حقها والتحريم عليه دونها كمن له على آخر دين فأحضره له فأبى أخذه لأنه مغصوب ، فهو بين أمرين إما أن يأخذه وفاء لدينه واما أن يقيله من الدين ولنا أنه وطء حرام فلا يلزم التمكين منه كالوطء فى الحيض والنفاس . وهذا بخلاف الدين ، فإن المال ملك من فى حوزته ومن يده عليه ، فكان الحكم الظاهر أن المال ماله ، وفارق الظهار فإنهما مشتركان فى الاثم ، ولا نسلم كون التحريم عليه دونها ، فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على الاخر لكونه فعلا واحداً ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحريم لاختصت المرأة بتحريم الوطء فى الحيض والنفاس ، واحرامها وصيامها ، لاختصاصها بسببه

ويتخرج على ذلك أنه يمكنه أن يفىء بلسانه فيئة المعذور ويمهل حتى يصوم ، كقولنا فى المحرم على أحد الوجهين . وهذا ما اخترته على أصل المذهب ، وهذا أولى من ايقاع الطلاق عليه فقد تكون الثالثة فتبين منه ، وان كان المنصوص أنها تطلق عليه ان لم يطلقها .

(فرع) مضى فى الفصل قبله قولنا اذا انقضت المدة فادعى عجزه عن الوطء وقلنا لا تسمع دعواه كما لا تسمع دعواها ، ونقول هنا انه اذا لم تكن حاله معروفة لنا من عنة أو قدرة ففيه وجهان :

(أحدهما) تسمع دعواه ويقبل قوله ، لأن التعنين من العيوب التى لا يقف عليها غيره ، وهذا هو ظاهر قوله فى الام ، وقد نص الشافعى أن لها أن تسأل الحاكم فيضرب له مدة العنة وقدرها سنة ، الا أن يطلقها بعد الاشهر الاربعة .

والوجه الثانى : لا يقبل قوله لأنه متهم فى دعوى ما يسقط عنه حقاً توجه عليه الطلب به والأصل سلامته منه فيؤخذ بالطلاق

(فرع) إن ادعت أنه قد أصابها مرة وأنكر ذلك لم يكن لها المطالبة بضرب مدة العنة لاعترافها بعدم عنته ، والقول قوله فى عدم الإصابة

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه : إذا آلى الخصى غير المجبوب من امرأته فهو كغير الخصى ، وهكذا لو كان مجبوباً قد بقى له ما يبلغ به من المرأة ما يبلغ الرجل حتى تغيب حشفته كان كغير الخصى فى جميع أحكامه . وإذا آلى الخصى المجبوب من امرأته قيل له : فىء بلسانك لا شىء عليه غيره لأنه ممن لا يجامع مثله ، وإنما الفىء الجماع وهو ممن لا جماع عليه .

قال : ولو تزوج رجل امرأة ثم آلى منها ثم خصى ولم يجب كان كالفحل ، ولو جب كان لها الخيار مكانها فى المقام معه أو فراقه ، فإن اختارت المقام معه قيل له : إذا طلبت الوقف ففىء بلسانك لأنه ممن لا يجامع

قال الربيع : ان اختارت فراقه فالذى أعرف للشافعى أنه يفرق بينهما ، وإن اختارت المقام معه فالذى أعرف للشافعى أن امرأة العنين إذا اختارت المقام معه بعد الأجل أنه لا يكون لها خيار ثانية والمجبوب عندى مثله

(مسألة) إذا اختلف الزوجان فى انقضاء المدة فالقول قوله مع يمينه ، وإنما كان كذلك لأن الاختلاف فى مضى المدة ينبنى على الخلاف فى وقت يمينه ؛ فانهما لو اتفقا على وقت اليمين حسب من ذلك الوقت ، فعلم هل انقضت المدة أم لا ؟ وزال الخلاف ، أما اذا اختلفا فى وقت اليمين فقال حلفت فى غرة رمضان ، وقالت بل حلفت فى غرة شعبان فالقول قوله لأنه صدر من جهته ، وهو أعلم به فكان القول قوله فيه ، كما لو اختلفا فى أصل الايلاء ، ولأن الأصل عدم الحلف فى غرة شعبان فكان قوله فى نفيه موافقاً الأصل مع يمينه ، وبهذا قال الخرقى من الحنابلة . وقال القاضى أبو بكر منهم : لا يمين عليه . دليلنا قول النبى صلى الله عليه وسلم « اليمين على المدعى » ولأنه حق لآدمى يجوز بذله فيستحلف فيه كالديون

ولو وقفناه بعد الأربعة الاشهر فقال قد أصبتها ، فإن كانت ثيبا كان القول قوله مع يمينه ، لأن الأصل بقاء النكاح والمرأة تدعى ما يلزمه به رفعه ، وهو يدعى ما يوافق الاصل ويبقيه ، فكان القول قوله ، كما لو ادعى الوطء فى العنة ، ولأن هذا أمر خفى ولا يعلم إلا من جهته فقبل قوله فيه كقول المرأة فى حيضها وتلزمه اليمين ، لأن ما تدعيه المرأة محتمل فوجب نفيه باليمين ونص أحمد فى رواية الاثرم أنه لا يلزمه يمين لأنه لا يقضى فيه بالنكول ، وهذا اختيار أبى بكر من أصحاب أحمد

أما إن كانت بكراً واختلفا فى الإصابة أريت النساء الثقات ، فإن شهدن بثيوبتها فالقول قوله ، وإن شهدن ببكارتها فالقول قولها ، لأنه لو وطئها زالت بكارتها ، فإن قلنا إن النساء الثقات بمثابة البينة فلا يمين ، لأن من شهدت له البينة فلا يمين عليه

فلو كانت هذه المرأة غير مدخول بها فادعى أنه أصابها وكذبته ثم طلقها وأراد رجعتها كان القول قولها ، فنقبل قوله فى الاصابة فى الايلاء ولا نقبله فى اثبات الرجعة له ، كما مضى فى الرجعة ، والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب الظهار

الظهار محرم لقوله عز وجل « الذين يظاهرون منكم من نسائهم ماهن أمهاتهم إن أمهاتهم إلا اللائى ولدنهم ، وإنهم ليقولون منكراً من القول وزوراً » ويصح ذلك من كل زوج مكلف لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » ولأنه قول يختص به النكاح فصح من كل زوج مكلف كالطلاق ، ولا يصح من السيد فى أمته لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم » فخص به الأزواج ، لأن الظهار كان طلاقا فى النساء فى الجاهلية فنسخ حكمه وبقى محله .

(الشرح) الظهار مشتق من الظهر ، وكل مركوب يقال له ظهر . قال ابن قتيبة : وانما خصوا الظهر بالتحريم دون سائر الأعضاء لأنه موضع الركوب والمرأة مركوبة إذا غشيت ، فكأنه أراد بقوله : أنت علىّ كظهر أمى ، وكوبك للنكاح علىّ حرام كركوب أمى للنكاح ، وهو استعارة وكناية عن الجماع . وقرأ ابن عامر وحمزة والكسائى وخلف « يظّاهرون » بفتح الياء وتشديد الظاء وألف وقرأ نافع وابن كثير وأبو عمرو ويعقوب « يظّهّرون » بحذف الألف وتشديد الهاء والظاء وفتح الياء ، وقرأ أبو العالية وعاصم وزيد بن حبيش « يظاهرون » بضم الياء وتخفيف الظاء وألف وهاء مكسورة . وفى قراءة أبىّ « يتظاهرون » وهى معنى قراءة ابن عامر وحمزة

قال القرطبى : وذكر الظهر كناية عن معنى الركوب . والآدمية إنما يركب بطنها ، ولكن كنى عنه بالظهر عن الركوب اه

قلت : وقد علم الله من أمر الناس وأجناسهم وألوانهم وعاداتهم وتقاليدهم ما هو أعم فى مفهومه ، وأشمل فى مضمونه ، فلا يخلو أن تكون عادة بعض القبائل العربية أو كانت العرب كلها فى زمن سابق يأتون النساء بهذه الطريقة . يدل على ذلك قوله تعالى « نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم » فهذا الحوار

حول هـذه الطريقة يدل على شيوعها وانتشارها ، وفى عصرنا هذا عرفنا أن أمم الأرض فى أوربا وأمريكا وأكثر شعوب آسيا وأفريقيا يركبون ظهور النساء عند إتيانهن . ومعنى أنت محرمة لا يحل لى ركوبك ، وحقيقة الظهار تشبيه ظهر بظهر ، والموجب للحكم منه هو تشبيه ظهر محلل بظهر محرم

قال الشافعى رضى الله عنه : سمعت من أرضى من أهل العلم بالقرآن يذكر أن أهل الجاهلية كانوا يطلّقون بثلاثة : الظهار والايلاء والطلاق ، فأقر الله تعالى الطلاق طلاقا ، وحكم فى الايلاء بأن أمهل المولى أربعة أشهر ثم جعل عليه أن يفىء أو يطلق ، وحكم فى الظهـار بالكفارة ، فإذا تظاهر الرجل من امرأته قبل أن يدخل بها أو بعد ما دخل بها فهو متظاهر ، واذا طلقها فكان لا يملك رجعتها فى العدة ثم تظاهر منها لم يلزمه الظهار .

ثم قال : وإذا تظاهر من أمته أم ولد كانت أو غير أم ولد لم يلزمه الظهار ، لأن الله عز وجل يقول « والذين يظاهرون من نسائهم » وليست من نسائه ، فلو آلى من أمته لم يلزمه الايلاء . وكذلك قال « والذين يرمون أزواجهم » وليست من الازواج فلو رماها لم يلتعن ، لأنا عقلنا عن الله عز وجل أنها ليست من نسائنا ، وإنما نساؤنا أزواجنا ، ولو جاز أن يلزم واحداً من هـذه الاحكام لزمها كلها لأن ذكر الله عز وجل لها واحد . اه

فكل زوج يجوز طلاقه يجوز ظهاره . ومنه الذمى خلافا لأبى حنيفة ومالك وهـذا مبنى على أصل عندهم أن أنكحة الكفار فاسدة الاصل فلا يتعلق بها حكم طلاق ولا ظهار ، وقد استدلوا بقوله تعالى « منكم » يعنى من المسلمين ، وهـذا يقتضى خروج الذمى من الخطاب ، وقد اعترضنا عليهم بأن هذا استدلال بدليل الخطاب ، وليس حجة فى إخراج الذمى

قال أبو حنيفة ومالك : لا تصح منه الكفارة التى هى رافعة للحرمة فلا يصح منه التحريم . ودليل أن الكفارة لا تصح منه أنها عبادة تفتقر الى النية فلا تصح منه كسائر العبادات . وهذا غير صحيح ، لأن من صح طلاقه صح ظهاره كالمسلم وبهذا قال أحمد وأصحابه كافة . فأما ما ذكره للمالكية والحنفية فيبطل بجزاء الصيد إذا قتله فى الحرم ، وكذلك الحد يقام عليه ، ولا نسلم أن التكفير لا يصح

منه ، فإنه يصح منه العتق والاطعام ، وإنما لا يصح منه الصوم ، فلا تمتنع صحة الظهار بامتناع بعض أنواع الكفارة كما فى حق العبد ؛ والنية معتبرة فى تمييز الفعل للكفارة فلا يمتنع ذلك فى حق الذمى ، كالنية فى كنايات الطلاق

والظهار يلزم فى كل زوجة مدخول بها أو غير مدخول بها من زوج يجوز طلاقه ، وعند مالك : ومن يجوز له وطؤها من إمائه إذا ظاهر منهن لزمه الظهار فيهن . وقال أبو حنيفة والشافعى وأحمد : لا يلزمه

قال القاضى أبو بكر بن العربى : وهى مسألة عسيرة جداً علينا ، لأن مالكا يقول اذا قال لأمته : أنت علىّ حرام لا يلزم ، فكيف يبطل فيها صريح التحريم وتصح كنايته . ثم قال : ولكن تدخل الأمة فى عموم قوله : من نسائهم وقال عطاء : عليه نصف كفارة حرة ، لأن الأمة على النصف من الحرة ، وليس عليه دليل ، والصحيح أنه ليس بظهار .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وان قال أنت علىّ كظهر أمى فهو ظهار ، وإن قال أنت علىّ كظهر جدتى فهو ظهار ، لأن الجدة من الأمهات ، ولأنها كالأم فى التحريم ، وان قال أنت علىّ كظهر أبى لم يكن ظهاراً ، لأنه ليس بمحل الاستمتاع فلم يصر بالتشبيه به مظاهراً كالبهيمة .

وان قال أنت علىّ كظهر أختى أو عمتى ففيه قولان :

قال فى القديم ليس بظهار ، لأن الله تعالى نص على الامهات وهن الأصل فى التحريم وغيرهن فرع لهن ودونهن ، فلم يلحقن بهن فى الظهار

وقال فى الجديد : هو ظهار ، وهو الصحيح ، لأنها محرمة بالقرابة على التأبيد فأشبهت الام ، وان شبهها بمحرمة من غير ذوات المحارم نظرت ، فإن كانت امرأة حلت له ثم حرمت عليه كالملاعنة والام من الرضاع وحليلة الاب بعد ولادته ، أو محرمة تحل له فى الثانى ، كأخت زوجته وخالتها وعمتها . لم يكن ظهاراً لأنهن دون الأم فى التحريم ، وان لم تحل له قط ، ولا تحل له فى الثانى كحليلة الأب قبل ولادته ، فعلى القولين فى ذوات المحارم

(الشرح) فى هـذا الفصل أمور (أحدها) أنه اذا قال لزوجته : أنت علىّ كظهر أمى فهو ظهار، لأنه شبه امرأته بمن تحرم عليه على التأبيد ، وهذا التشبيه بظهر أمه يعد ظهاراً بالاجماع .

قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن تصريح الظهار أن يقول : أنت علىّ كظهر أمى (ثانيها) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه من ذوى رحمه ، فإن شبهها بجدته فهو ظهار صريح عند الشـــافعى قولا واحداً ، وبه قال أحمد ومالك وأصحاب الرأى وغيرهم ، وان شبهها بظهر أخته أو عمته أو خالته كان ظهاراً فى قوله الجديد ، وفى قول أكثر اهل العلم منهم الحسن وعطاء وجابر وزيد والشعبى والنخعى والزهرى والثورى والاوزاعى ومالك واسحاق وابو عبيد وابو ثور واحمد ، وقال الشافعى فى القديم لا يكون الظهار الا بأم أو جدة لأنها أم أيضا لأن اللفظ الذى ورد به القرآن مختص بالأم ، فإذا عدل عنه لم يتعلق به ماأوجبه الله تعالى فيه .

ولنا أنهن محرمات بالقرابة فأشبهن الام ، وحصـول الزور والمنـكر واقع وموجود فى مسألتنا لجرى مجراه ، وتعليق الحكم بالأم لا يمنع ثبوت الحكم فى غيرها اذا كانت مثلها .

(ثالثها) أن يشبهها بظهر من تحرم عليه على التأبيد سوى الاقارب، كالامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والابناء وأمهات النسـاء ، فقد قال الربيع بن سليمان فى الأم: فإن قال أنت علىّ كظهر أجنبية لم يكن مظاهرا من قبل أن الاجنبية ــ وان كانت فى هذا الوقت محرمة ــ فهى تحل له لو تزوجها والأم لم تكن حلالا له قط ولا تكون حلالا أبداً

فإن قال أنت علىّ كظهر أختى من الرضاعة ــ فإن كانت قد ولدت قبل أن ترضعه أمها فقد كانت قبل أن يكون الرضـاع حلالا له ولا يكون مظاهرا بها، وليست مثل الاخت من النسب التى لم تكن حلالا قط له ، وهذه قد كانت حلالا له قبل أن ترضعه أمها ، فإن كانت أمها قد أرضعته قبل ان تلدها فهذه لم تكن قط حلالا له فى حين ، لأنها ولدتها بعد أن صار ابنها من الرضاعة ، وكذلك امرأة أبيه ، فإذا قال الرجل لامرأته : أنت علىّ كظهر امرأة ابى ــ فإن كان ابوه قد

قد تزوجها قبل ان يولد فهو مظاهر من قبل انها لم تكن له حلالا قط ، ولم يولد إلا وهي حرام عليه ، وان كان قد ولد قبل ان يتزوجها ابوه فقد كانت فى حين حلالا له فلا يكون بهذا متظاهراً

قال الشافعى رحمه الله : وإن قال انت علىّ كظهر امرأة ابى او امرأة ابنى او امرأة رجل سماه او امرأة لاعنها او امرأة طلقها ثلاثاً لم يكن ظهاراً من قبل ان هؤلاء قد كن وهن يحللن له اه

وقال احمد واصحابه فى الامهات المرضعات والاخوات من الرضاعة وحلائل الآباء والابناء وامهات النساء انه ظهار فى كل اولئك ولم يفرق ، اما اذا شبهها بظهر من تحرم عليه تحريماً مؤقتاً كأخت امرأته وعمتها او الاجنبية فإنه ليس بظهار قولا واحداً ، وعند احمد روايتان — إحداهما انه ظهار — وهو اختيار الخرقى وقول اصحاب مالك ، ووجه كونه ليس ظهاراً إنها غير محرمة على التأبيد فلا يكون التشبيه بها ظهاراً كالحائض والمحرمة من نسائه ، ووجه كونه ظهاراً عند القائلين به انه شبهها بمحرمة فأشبه ما لو شبهها بالام ، ولان مجرد قوله انت علىّ حرام ظهار إذا نوى به الظهار ، والتشبيه بالمحرمة تحريم فصار ظهاراً

(فرع) وإن شبهها بظهر ابيه او بظهر غيره من الرجال او قال : انت علىّ كظهر البهيمة ، او انت على كالميتة ، فليس بظهار قولا واحداً ، وفى ذلك كله عند احمد بن حنبل روايتان ، إحداهما ظهار

قال الميمونى : قلت لاحمد : ان ظاهر من ظهر الرجل ؟ قال فظهر الرجل حراء يكون ظهاراً ، وبهذا قال ابن القاسم صاحب مالك فيما إذا قال : انت على كظهر ابى وروى ذلك عن جابر بن زيد ، والثانية ليس بظهار ، وهو قول اكثر العلماء لأنه تشبيه بما ليس بمحل الاستمتاع ، اشبه ما لو قال : انت علىّ كمال زيد وهل فيه كفارة ؟ ليس فيه كفارة عندنا وجهاً واحداً ، لان الكفارة لا تكون إلا من ظهار وهو لم يظاهر ، وعلى روايتين عند احمد ، إحداهما فيه كفارة لانه نوع تحريم ، فأشبه ما لو حرم ماله ، والثانية ليس فيه شيء

نقل ابن القاسم عن احمد فيمن شبه امرأته بظهر الرجل لا يكون ظهاراً ولم أره يلزمه فيه شيء وذلك لانه تشبيه لامرأته بما ليس بمحل للاستمتاع اشبه

أشبه التشبيه بمال غيره ، وقد مر فى كتاب الطلاق حكم من قال لامرأته أنت على كالميتة والدم إن نوى به الطلاق أو نوى به الظهار ، وفيه وجهان ، أحدهما ظهار وهو إحدى الروايتين عن احمد . والثانى هو يمين ، وهو الرواية الاخرى لأحمد قال ابن قدامة : ولم يتحقق عندى معنى الظهار واليمين

قال القرطبى من المالكية : إن شبه امرأته بأجنبية فإن ذكر الظهر كان ظهاراً حملا على الاول ، وإن لم يذكر الظهر — فاختلف فيه علماؤنا — فمنهم من قال يكون ظهاراً ، ومنهم من قال يكون طلاقاً . وقال ابو حنيفة والشافعى لا يكون شيئاً . انتهى .

ثم نقل قول ابن العربى فى انه تشبيه محلل بمحرم فكان مقيداً بحكمه بالظهر ، لأن الاسماء بمعانيها عندهم ، وعند الشافعية والحنفية بألفاظها ، على ان الخلاف فى الظهار بالاجنبية قوى عند المالكية ، فمنهم من لا يرى الظهار إلا بذوات المحارم خاصة ولا يرى الظهار بغيرهن ، ومنهم من لايجعله شيئاً ، ومنهم من يجعله فى الاجنبية طلاقاً ، وهو عند مالك إذا قال كظهر ابنى او غلامى او كظهر زيد او كظهر اجنبية ظهار ، ولا يحل له وطؤها فى حين يمينه ، وقد روى عنه أيضاً ان الظهار بغير ذوات المحارم ليس بشىء كما قال ابو حنيفة والشافعى ، وقال الاوزاعى لو قال انت على كظهر فلان فهو يمين يكفرها

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿فصل﴾ وإن قال انت عندى او انت منى او انت معى كظهر أمى فهو ظهار لأنه يفيد ما يفيد قوله انت على كظهر امى ، وان شبهها بعضو من اعضاء الأم غير الظهر بأن قال انت على كفرج امى او كيدها او كرأسها فالمنصوص انه ظهار ومن اصحابنا من جعلها على قولين قياساً على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الأم ، والصحيح انه ظهار قولا واحداً لأن غير الظهر كالظهر فى التحريم وغير الام دون الام فى التحريم

وان قال انت على كبدن امى فهو ظهار لأنه يدخل الظهر فيه ، وان قال انت على كروح أمى ففيه ثلاثة أوجه (أحـــدها) انه ظهار لأنه يعبر به عن الجملة

(والثانى) أنه كناية لأنه يحتمل أنها كالروح فى الكرامة فلم يكن ظهاراً من غير نية (والثالث) وهو قول على بن ابى هريرة أنه ليس بصريح ولا كناية، لأن الروح ليس من الاعيان التى يقع بها التشبيه.

وإن شبه عضواً من زوجته بظهر أمه بأن قال رأسك أو يدك على كظهر أمى فهو ظهار، لأنه قول يوجب تحريم الزوجة، فجاز تعليقه على يدها ورأسها كالطلاق، وعلى قول ذلك القائل يجب أن يكون ههنا قول آخر انه ليس بظهار.

(فصل) وإن قال أنت على كأمى او مثل امى لم يكن ظهاراً إلا بالنية، لأنه يحتمل أنها كالأم فى التحريم أو فى الكرامة فلم يجعل ظهاراً من غير نية كالكنايات فى الطلاق.

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه والظهار أن يقول الرجل لامرأته: انت على كظهر أمى، فإذا قال لها: أنت منى كظهر أمى او انت معى أو ما أشبه هذا كظهر أمى فهو ظهار، وكذلك لو قال لها فرجك او رأسك او بدنك او ظهرك او جلدك او يدك او رجلك على كظهر امى كان ظهاراً، وكذلك لو قال انت او بدنك على كظهر امى او كبدن امى او كرأس امى او كيدها او كرجلها كان هذا ظهاراً، لأن التلذذ بكل أمه محرم عليه كتحريم التلذذ بظهرها اهـ

وجملة ذلك انه إذا قال انت عندى او منى او معى كظهر أمى كان ظهاراً بمنزلة علىّ، لأن هذه الالفاظ فى معناه.

وإن قال جملتك او بدنك او جسمك او ذاتك او كلك على كظهر أمى لأنه أشار اليها فهو كقوله انت. وإن قال انت كظهر امى كان ظهاراً لأنه أتى بما يقتضى تحريمها عليه فانصرف الحكم اليه، كما لو قال انت طالق

وذهب بعض أصحابنا إلى جعلها على قولين، احدهما هذا، والثانى ليس بظهار لأنه فيه ما يدل على ان ذلك فى حقه قياساً على من شبهها بذات رحم محرم منه غير الام، وليس بصحيح

وإن قال انت على كروح أمى ففيه ثلاثة أوجه ذكرها المصنف، ويمكن ان نلحق بالروح قوله أنت على كأمى أو مثل أمى، فإنه إذا نوى به الظهار فهو ظهار

فى قول عامة العلماء منهم ابو حنيفة وصاحباه والشافعى وإسحاق وأحمد بن حنبل وإن نوى به الكرامة والمعزة والتوقير ، أو انها مثلها فى الكبر أو الصفة فليس بظهار والقول قوله فى نيته

وقال ابو بكر من الحنابلة إن أطلق فهو صريح فى الظهار ، وهذا أحد الوجوه الثلاثة فى الروح عندنا ، وهو قول مالك ومحمد بن الحسن . وقال ابن ابى موسى فيه روايتان عن احمد اظهرهما انه ليس بظهار حتى ينويه ، وهذا قول ابى حنيفة والشافعى ، لأن هـذا اللفظ يستعمل فى الكرامة فلم ينصرف اليه بغير نية ككنايات الطلاق .

ووجه الاول انه شبه امرأته بجملة أمه فكان مشبهاً لها بظهرها فيثبت الظهار كما لو شبهها به منفرداً . والذى يصح عندى انه إن وجدت قرينة تدل على الظهار مثل ان يخرجه مخرج الحلف ، كقوله إن فعلت كذا فأنت على كروح أمى ، أو قال ذلك حال الخصومة والغضب فهو ظهار ، لأنه إذا خرج مخرج الحلف فالحلف يراد للامتناع من شىء أو الحث عليه ، وإنما يحصل ذلك بتحريمها عليه ؛ ولأن كونها مثل أمه فى صلتها أو كرامتها لا يتعلق على شرط فيدل على انه إنما أراد الظهار ، ووقوع ذلك فى حال الخصومة والغضب دليل على انه أراد به ما يتعلق بأذاها ويوجب اجتنابها وهو الظهار . وإن عدم هذا فليس بظهار لأنه محتمل لغير الظهار احتمالا كثيراً . فلا يتعين الظهار فيه بغير دليل

وأما قوله : أنت على كأمى فلنرجع إلى نيته ، فإن قال نويت ظهاراً كان ظهارا وإن قال نويت شيئاً آخر فالقول قوله ، وقال ابو ثور : لو قال انت على كأمى أو قال انت امى او امرأتى امى مع الدليل الصارف له إلى الظهار كان ظهاراً ، إما بنية او ما يقوم مقامها

وإن قال امى امرأتى او مثل امرأتى لم يكن ظهاراً لأنه تشبيه لأمه ووصف لها وليس بوصف لامرأته ، قال الشافعى وإذا قال الرجل لامرأته انت على او عندى كأمى او انت مثل امى او انت عدل امى واراد فى الكرامة فلا ظهار ، وإن اراد ظهارا فهو ظهار

قال المصنف رحمه الله تعالى

وإن قال انت طالق ونوى به الظهار لم يكن ظهاراً ، وان قال انت على كظهر امى ونوى به الطلاق لم يكن طلاقاً ، لأن كل واحـــد منهما صريح فى موجبه فى الزوجية فلا ينصرف عن موجبه بالنية ، وإن قال أنت طالق كظهر أمى ولم ينو شيئاً وقع الطلاق بقوله انت طالق ويلغى قوله كظهر امى ، لأنه ليس معه مايصير به ظهاراً وهو قوله انت على او من او معى او عنـدى ، فيصير كما لو قال ابتداء كظهر أمى . وان قال اردت انت طالق طلاقاً يحرم كما يحرم الظهار وقع الطلاق وكان قوله كظهر امى تأكيداً

وإن قال اردت انت طالق وانت على كظهر امى ، فإن كان الطلاق رجعياً صار مطلقاً ومظاهراً ، وإن كانت بائناً وقع الطلاق ولم يصح الظهار ، لأن الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البائن

وإن قال انت على حرام كظهر امى ولم ينو شيئاً فهو ظهار ، لأنه اتى بصريحه وأكده بلفظ التحريم ، وإن نوى به الطلاق فقد روى الربيع انه طلاق ، وروى فى بعض نسخ المزنى انه ظهـــار ، وبه قال بعض اصحابنا ، لأن ذكر الظهار قرينة ظاهرة ونية الطلاق قرينة خفية ، فقدمت القرينة الظاهرة على القرينة الخفية والصحيح أنه طلاق

وأما الظهار فهو غلط وقع فى بعض النسخ ، لأن التحريم كناية فى الطلاق ، والكناية مع النية كالصريح ، فصار كما لو قال انت طالق كظهر امى ، وإن قال أردت الطلاق والظهار — فإن كان الطلاق رجعياً — صار مطلقاً ومظاهراً ، وإن كان الطلاق بائنا صح الطلاق ولم يصح الظهار لما ذكرناه فيما تقـدم ، وعلى مذهب ذلك القائل هو مظاهر ، لأن القرينة الظاهرة مقدمة ، وان قال اردت تحريم عينها وجبت كفارة يمين وعلى قول ذلك القائل هو مظاهر

(الشرح) الأحكام : إذا طلق يريد ظهاراً كان طلاقاً ، وإن ظاهر يريد طلاقاً كان ظهاراً لأن كل لفظ منهما صريح فى موجبه ، أما إذا خلط فى عبارته بينهما فقال انت طالق كظهر امى ، ولم ينو شيئاً منهما وقع الطلاق وسقط الظهار

لأنه أتى بصريح الطلاق أولا وجعل قوله كظهر امى صفة له ، ولأنه لم يضف الظهار إلى نفسه بحرف من حروف الظهار ، كقوله عليّ او مني او معي او عندي لأنه لو قال ابتداء كظهر امي فإنه ليس ظهاراً لافتقاره إلى ضميره المجرور المتعلق به صريح الظهار لكونه اطلق اللفظ بغير متعلقه ، فإن نوى بقوله كظهر امي تأكيد الطلاق لم يكن ظهاراً كما لو اطلق ، وان نوى به الظهار وكان الطلاق بائنا فهو كالظهار من الاجنبية لانه اتى به بعد بينونتها بالطلاق ، وإن كان رجعياً كان ظهاراً صحيحا ، لان الظهار يلحق الرجعية ولا يلحق البينونة ، هذا مذهبنا وبه قال احمد وأصحابه . قال ابن قدامة لانه اتى بلفظ الظهار فيمن هي زوجة اه

وإن قال أنت علي كظهر امي طالق وقع الظهار والطلاق معاً ، سواء كان الطلاق بائناً او رجعيا لان الظهار سبق الطلاق

قال الشافعي في الام : وإذا قال انت علي كظهر امي يريد طلاقاً واحداً او ثلاثاً او طلاقاً بلا نية عدد لم يكن طلاقاً لما وصفت من حكم الله عز وجل في الظهار وان بينا في حكم الله تعالى ان ليس الظهار اسم الطلاق ولا ما يشبه الطلاق بما ليس لله تبارك وتعالى فيه نص ولا لرسوله صلى الله عليه وسلم ، وما كان خارجا من هذا ما يشبه الطلاق فإنما يكون قياساً على الطلاق

وإذا قال الرجل لامرأته انت طالق كظهر امي يريد الظهار فهي طالق ولا ظهار عليه لانه صرح بالطلاق ولم يكن لكظهر امي معنى إلا انك حرام بالطلاق وكظهر امي محال لا معنى له فلزمه الطلاق وسقط الظهار اه

(فرع) وإن قال : انت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً ، فإن كان الطلاق رجعياً كان طلاقاً وظهاراً ، وإن كان بائناً وقع الطلاق وسقط الظهار ؛ وقال اصحاب احمد: إن قال انت علي حرام ونوى الطلاق والظهار معاً كان ظهاراً ولم يكن طلاقاً ، لان اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً . والظهار اولى بهذا اللفظ فينصرف إليه

ولأصحابنا وجهان أولهما يقال له : اختر أيهما شئت ، والثاني ان قال أردت الطلاق والظهار كان طلاقاً لانه بدأ به . وإن قال اردت الظهار والطلاق كان ظهاراً لانه بدأ به فيكون ذلك اختياراً له ويلزمه ما بدأ به

ولنا أن الحرام كناية فى الطلاق ، فإذا لم ينو الطلاق وأراد تحريم عينها كان عليه كفارة يمين ، وقد مضى حكم ذلك فى كنايات الطلاق .

وقال الحنابلة : إذا أتى بلفظ الحرام ينوى الظهار كان ظهاراً وليس بطلاق لأنه زاحمت نيته نية الظهار وتعذر الجمع ، والظهار أولى بهذه اللفظة لأن معناهما واحد وهو التحريم فيجب أن يغلب ما هو الأولى

أما الطلاق فهو من الإطلاق وهو حل قيد النكاح ، وإنما التحريم حكم له فى بعض أحواله وقد ينفك عنه ، فإن الرجعية مطلقة مباحة ، وأما التخيير فلا يصح لأن هذه اللفظة قد ثبت حكمها حين لفظ بها لكونه أهلا والمحل قابلا ، وهذا القول يوافق ما رواه المزنى فى بعض نسخه من المختصر

وقال الشافعى رضى الله عنه : وإن قال لامرأته أنت علىّ حرام كظهر أمى يريد الطلاق فهوطلاق ، وإن لم يرد الطلاق فهو متظاهر . وهذه هى رواية الربيع وقد روى المزنى فى بعض النسخ « فهو ظهار »

والقول الفصل فى هذا انه إذا قال أنت على حرام كظهر أمى ولم ينو شيئاً فهو ظهار ، لأنه أتى بصريحه ، وكأن لفظ التحريم تأكيداً له ، وإن نوى به الطلاق كان طلاقاً فى أصح القولين ، ووجه القائلين بأنه ظهار أن النية هنا قرينة خفية وأن لفظ الظهار قرينة جلية ، ومن ثم تقدم القرينة الجلية على الخفية ، وقد غلط أصحابنا بعض نسخ المزنى المذكور فيها الظهار ، لأن الاصل عندنا أن التحريم كناية فى الطلاق خلافاً للحنابلة فإنهم يجعلونه كناية فى الظهار كما قدمنا ، والكناية مع النية تجرى مجرى الصريح بلا مراء ، فصار كما لو قال : أنت طالق كظهر امى سواء بسواء .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ويصح الظهار مؤقتاً ، وهو أن يقول أنت على كظهر امى يوماً أو شهراً ، نص عليه فى الام . وقال فى اختلاف العراقيين لا يصير مظاهراً لأنه لو شبهها بمن تحرم إلى وقت لم يصر مظاهراً ، فكذلك إذا شبهها بأمه الى وقت ، والصحيح هو الاول لما روى سلمة بن صخر قال « كنت امرأ أصيب من النساء

ما لا يصيب غيرى . فلما دخل شهر رمضان خفت ان أصيب من امرأتى شيئاً يتتابع بى حتى اصبح فظاهرت منها حتى ينسلخ رمضان ، فبينما هى تحدثنى ذات ليلة وتكشف لى منها شيء فلم ألبث ان نزوت عليها فانطلقت إلى رسول الله (ص) فأخبرته ، فقال « حرر رقبة » ولأن الحكم إنما تعلق بالظهار لقوله المنكر والزور وذلك موجود فى المؤقت .

﴿ فصـــل ﴾ ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد لأنه قول يوجب تحريم الزوجة فجاز تعليقه بالشرط كالطلاق ، وإن قال إن تظاهرت من فلانة فأنت على كظهر امى ، فتزوج فلانة وتظاهر منها صار مظاهراً من الزوجة لأنه قد وجد شرط ظهارها

وإن قال : إن تظاهرت من فلانة الاجنبية فأنت على كظهر امى ، ثم تزوج فلانة وظاهر منها ففيه وجهان (أحدهما) لا يصير مظاهراً من الزوجة لأنه شرط ان يظاهر من الاجنبية . والشرط لم يوجد فصار كما لو قال إن تظاهرت من فلانة وهى أجنبية فأنت على كظهر أمى ثم تزوجها وظاهر منها (والثانى) يصير مظاهراً منها لأنه علق ظهارها بعينها ووصفها بصفة ، والحكم إذا تعلق بعين على صفة كانت الصفة تعريفاً لا شرطاً . كما لو قال والله لا دخلت دار زيد هذه فباعها زيد ثم دخلها فإنه يحنث وإن لم تكن ملك زيد

﴿ فصل ﴾ وإن قالت الزوجة لزوجها أنت على كظهر أبى أو أنا عليك كظهر أمك لم يلزمها شيء لأنه قول يوجب تحريما فى الزوجية يملك الزوج رفعه فاختص به الرجل كالطلاق .

(الشرح) حديث سلمة بن صخر أورده المصنف مختصراً ، وقد أخرجه أحمد وأبوداود والترمذى وقال حديث حسن وأخرجه الحاكم وصححه ابن خزيمة وابن الجارود ، وقد أعله عبد الحق بالانقطاع . وأن سليمان بن يسار لم يدرك سلمة وقد حكى ذلك الترمذى عن البخارى .

ثم إن فى إسناده أيضا محمد بن إسحاق وفيه مقال معروف . ولفظ الحديث

عن سلمة بن صخر رضى الله عنه قال « كنت امرأ قد أوتيت من جماع النساء ما لم يؤت غيرى ، فلما دخل رمضان ظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ رمضان فرقاً من أن أصيب فى ليلتى شيئاً فأتتابع فى ذلك الى أن يدركنى النهار وأنا لا أقدر أن أنزع ، فبينا هى تخدمنى من الليل إذ تكشف لى منها شىء فوثبت عليها فلما أصبحت غدوت على قومى فأخبرتهم خبرى وقلت لهم انطلقوا معى الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بأمرى ، فقالوا والله لا نفعل نتخوف أن ينزل فينا قرآن . أو يقول فينا رسول الله صلى الله عليه وسلم مقالة يبقى عارها علينا . ولكن اذهب أنت واصنع ما بدالك . فخرجت حتى أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته خبرى فقال لى أنت بذاك . فقلت أنا بذاك ؟ فقال أنت بذاك ؟ قلت أنا بذاك . فقال أنت بذاك ؟ قلت نعم ها أنذا فأمض فىّ حكم الله عز وجل فأنا صابر له . قال اعتق رقبة . فضربت صفحة رقبتى بيدى وقلت لا والذى بعثك بالحق ما أصبحت أملك غيرها . فقال صم شهرين متتابعين . قال قلت يا رسول الله وهل أصابنى ما أصابنى الا فى الصوم . قال فتصدق . قال قلت والذى بعثك بالحق لقد بتنا ليلتنا وُحشاً ما لنا عشاء . قال اذهب الى صاحب صدقة بنى زريق فقل له فليدعها اليك فأطعم عنك منها وسقاً من تمر ستين مسكيناً ثم استعن بسائره عليك وعلى عيالك . قال فرجعت الى قومى فقلت وجدت عندكم الضيق وسوء الرأى . ووجدت عند رسول الله صلى الله عليه وسلم السعة والبركة وقد أمر لى بصدقتكم فادفعوها الىّ فدفعوها الى »

على أن الحديث اذا كان قد رجح النسائى إرساله فإنه لا يضر ارسال ورود الحديث من طرق بعضها متصل وبعضها مرسل لا يكون هذا ضعفا ، وانما يزيد الحديث قوة .

وقد رواه البزار من وجه آخر عن ابن عباس وزاد فيه « كفّر ولا تعد » أورده الحافظ فى بلوغ المرام . وسلمة بن صخر هو البياضى بفتح الموحدة وتخفيف المثناة التحتية وضاد معجمة . أنصارى خزرجى . كان أحد البكائين . روى عنه سليمان بن يسار وابن المسيب . وقد أوردنا كلام المحدثين فيه . وللحديث متابعات من طرق غير سلمة . ففى رواية ابن عباس أن الرجل قال للنبى صلى الله عليه وسلم

«رأيت خلخالها فى ضوء القمر» وقوله شيئاً يتتابع بى. يدفعنى الى اللجاج والتهافت فى الشر . وقوله « نزوت عليها » أى قفزت وطفرت

أما الأحكام فإنه يصح الظهار مؤقتا مثل أن يقول أنت على كظهر أمى شهراً أو حتى ينسلخ رمضان . فإذا مضى الوقت زال الظهار وحلت المرأة بلا كفارة . ولا يكون عائداً بالوطء فى المدة فى أحد القولين للشافعى رضى الله عنه . وهو قول ابن عباس وعطاء وقتادة والثورى واسحاق وأبى ثور وأحمد بن حنبل . وقال الشافعى فى اختلاف العراقيين وهما أبو حنيفة وابن أبى ليلى لا يكون ظهاراً وبه قال ابن أبى ليلى والليث. لأن الشرع ورد بلفظ الظهار مطلقا . وهذا لم يطلق فأشبه ما لو شبهها بمن تحرم عليه فى وقت دون آخر

وقال طاوس اذا ظاهر فى وقت فعليه الكفارة وان بر . وقال مالك فى المدونة . يسقط التأقيت ويكون ظهاراً مطلقا . لأن هذا لفظ يوجب تحريم الزوجة فإذا وقته لم يتوقف كالطلاق

دليلنا حديث سلمة بن صخر وقوله « تظاهرت من امرأتى حتى ينسلخ شهر رمضان . وأخبر النبى صلى الله عليه وسلم أنه أصابها فى الشهر فأمره بالكفارة . ولم يعتبر عليه تقييده . لأنه منع نفسه بيمين لها كفارة فصح مؤقتا كالإيلاء وفارق الطلاق فإنه يزيل الملك وهو يوقع تحريما يرفعه التكفير فجاز تأقيته . ولا يصح قول من أوجب الكفارة وان بر . لأن الله تعالى انما أوجب الكفارة على الذين يعودون لما قالوا . ومن بر وترك العود فى الوقت الذى ظاهر فلم يعد لما قال فلا تجب عليه كفارة . وفارق التشبيه بمن لا تحرم عليه على التأبيد لأن تحريمها غير كامل . وهذه حرمها فى هذه المدة تحريما مشبها بتحريم ظهر أمه . على أننا نمنع الحكم فيها .

اذا ثبت هذا فإنه لا يكون عائداً الا بالوطء فى المدة . وهذا هو المنصوص عن الشافعى . وقال بعض أصحابه ان لم يطلقها عقيب الظهار فهو عائد عليه الكفارة وقال أبو عبيد « اذا أجمع على غشيانها فى الوقت لزمته الكفارة والا فلا . لأن العود العزم على الوطء ولكن حديث سلمة بن صخر دليل على أنه لم يوجب عليه الكفارة الا بالوطء . ولأنها يمين لم يحنث فيها فلا يلزمه كفارتها كاليمين بالله تعالى .

ولأن المظاهر فى وقت عازم على امساك زوجته فى ذلك الوقت . فمن أوجب الكفارة عليه بذلك كان قوله كقول طاوس . فلا معنى لقوله يصح الظهار مؤقتا لعدم تأثير الوقت .

(مسألة) قوله ويجوز تعليقه بشرط كدخول الدار ومشيئة زيد . وهذا صحيح فقد قال الشافعى فى الأم . فإذا قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت علىّ كظهر أمى فدخلت الدار كان متظاهر حين دخلت . وكذلك ان قال ان قدم فلان أو نكحت فلانة . اه

وجملة ذلك أنه يصح تعليق الظهار بالشروط . نحو أن يقول ان دخلت الدار فأنت على كظهر أمى . وان شاء زيد فأنت على كظهر أمى . فمتى شاء زيد أو دخلت الدار صار مظاهراً والا فلا . وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى وأحمد ابن حنبل لأنه يمين فجاز تعليقه على شرط كالإيلاء . ولأن الظهار أصله كان طلاقا والطلاق يصح تعليقه بالشرط فكذلك الظهار

(فرع) قال فى الأم « ولو قال لامرأة لم ينكحها اذا نكحتك فأنت على كظهر أمى فنكحها لم يكن متظاهراً . لأنه لو قال فى تلك الحال أنت على كظهر أمى لم يكن متظاهراً لأنه انما يقع التحريم من النساء على من حل ثم حرم . فأما من لم يحل فلا يقع عليه تحريم ولا حكم تحريم لأنه محرم فلا معنى للتحريم فى التحريم . لأنه فى الحالين قبل التحريم وبعد محرم بتحريم . اه

وجملة ذلك أنه اذا قال لأجنبية أنت على كظهر أمى جاز له أن يطأها ولا كفارة عليه . وبهذا قال الثورى وأبو حنيفة . ويروى ذلك عن ابن عباس لقول الله تعالى (والذين يظاهرون من نسائهم) والأجنبية ليست من نسائه . ولأن الظهار يمين ورد الشرع بحكمها مقيداً بنسائه فلم يثبت حكمها فى الأجنبية كالإيلاء . فإن الله تعالى يقول « والذين يظاهرون من نسائهم » كما يقول للذين يؤلون من نسائهم » ولأنها ليست بزوجة فلم يصح الظهار منها كأمته . ولأنه حرم محرمة فلم يلزمه شىء كما لو قال أنت حرام . ولأنه نوع تحريم فلم يتقدم النكاح كالطلاق

وقال أحمد وأصحابه اذا قال لامرأة أجنبية أنت علىّ كظهر أمى لم يطأها ان تزوجها حتى يأتى بالكفارة

قال ابن قدامة يصح الظهار من الأجنبية . سواء قال ذلك لامرأة بعينها أو قال كل النساء على كظهر أمى . وسواء أوقعه مطلقاً أو علقه على التزويج فقال كل امرأة أتزوجها فهى على كظهر أمى . ومتى تزوج التى ظاهر منها لم يطأها حتى يكفر . ويروى نحو هذا عن عمر . وبه قال سعيد بن المسيب وعروة وعطاء والحسن ومالك واسحاق وأبو حنيفة اه

وحجة هذا الفريق ما رواه أحمد فى مسنده عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه قال فى رجل قال ان تزوجت فلانة فهى على كظهر أمى فتزوجها . قال عليه كفارة الظهار . ولأنها يمين مكفرة فصح انعقادها قبل النكاح كاليمين بالله تعالى .

(فرع) اذا قال لامرأته ان تظاهرت من امرأتى الأخرى فأنت على كظهر أمى ثم تظاهر من الأخرى صار مظاهراً منهما جميعاً . وان قال ان تظاهرت من فلانة الاجنبية فأنت على كظهر أمى . ثم قال للأجنبية أنت على كظهر أمى فقد قال الشافعى اذا قال لامرأته اذا تظاهرت من فلانة — امرأة له أخرى — فأنت على كظهر أمى . فتظاهر منها كان من امرأته التى قال لها ذلك متظاهراً . ولو قال لامرأته اذا تظاهرت من فلانة — امرأة أجنبية — فأنت على كظهر أمى فتظاهر من الأجنبية لم يكن عليه ظهار . لأن ذلك ليس بظهار . وكذلك لو قال لها اذا طلقتها فأنت طالق فطلقها لم تكن امرأته طالقاً لأنه طلق غير زوجته اه

(مسألة) ليس على النساء تظاهر . وانما قال تعالى « والذين يظاهرون منكم من نسائهم » ولم يقل اللائى يظهرن منكن من أزواجهن . انما الظهار على الرجال . قال ابن العربى . هكذا روى عن ابن القاسم وسالم ويحى بن سعيد وربيعة وأبى الزناد وقد أفاده مالك فى المدونة وهو صحيح المعنى لأن الحل والعقد والتحليل والتحريم فى النكاح بيد الرجال . ليس بيد المرأة منه شىء . وهذا اجماع

قال أبو عمر بن عبد البر ليس على النساء ظهار فى قول جمهور العلماء . وقال الحسن بن زياد هى مظاهر . وقال الثورى وأبو حنيفة ومحمد ليس ظهار المرأة من الرجل بشىء قبل النكاح كان أو بعده

وقال الشافعى لا ظهار للمرأة من الرجل . وقال الاوزاعى اذا قالت المرأة

لزوجها أنت على كظهر أمى فلانة فهى يمين تكفرها ، وكذلك قال إسحاق . قال لا تكون امرأة متظاهرة من رجل ولكن عليها يمين تكفرها . وقال الزهرى أرى أن تكفر كفارة الظهار ، ولا يحول قولها هذا بينها وبين زوجها أن يصيبها رواه معمر عنه وابن جريج عن عطاء قال حرمت ما أحل الله . عليها كفارة يمين وهو قول أبى يوسف . وقال محمد بن الحسن لا شىء عليها

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإذا صح الظهار ووجد العود وجبت الكفارة لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة » والعود هو أن يمسكها بعد الظهار زماناً يمكنه أن يطلقها فلم يفعل . وإن ماتت المرأة عقيب الظهار أو طلقها عقيب الظهار لم تجب الكفارة . والدليل على أن العود ما ذكرناه هو أن تشبيهها بالأم يقتضى أن لا يمسكها . فإذا أمسكها فقد عاد فيما قال ، فإذا ماتت أو طلقها عقيب الظهار لم يوجد العود فيما قال

﴿ فصل ﴾ وان تظاهر من رجعية لم يصر عائداً قبل الرجعة ، لأنه لا يوجد الإمساك وهى تجرى إلى البينونة ، فإن راجعها فهل تكون الرجعة عوداً أم لا ؟ فيه قولان : قال فى الإملاء لا تكون عوداً حتى يمسكها بعد الرجعة ، لأن العود استدامة الإمساك ، والرجعة ابتداء استباحة فلم تكن عوداً .

وقال فى الأم : هو عود لأن العود هو الامساك ، وقد سمى الله عز وجل الرجعة إمساكاً فقال « فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان » ولأنه اذا حصل العود باستدامة الامساك فلأن يحصل بابتداء الاستباحة أولى ، وان بانت منه ثم تزوجها فهل يعود الظهار أم لا؟ على الأقوال التى مضت فى الطلاق . فإذا قلنا إنه يعود فهل يكون النكاح عوداً ؟ فيه وجهان ، الصحيح لا ، بناء على القولين فى الرجعة . وان ظاهر الكافر من امرأته وأسلمت المرأة عقيب الظهار — فإن كان قبل الدخول — لم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود ، وان كان بعد الدخول لم يصر عائداً مادامت فى العدة لأنها تجرى الى البينونة . وان أسلم الزوج قبل انقضاء العدة ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصير عائداً لأن العود هو الامساك على النكاح ، وذلك لا يوجد إلا بعد الاسلام .

(والثانى) يصير عائداً لأن قطع البينونة بالاسلام أبلغ من الامساك فكان العود به أولى .

﴿ فصل ﴾ وإن كانت الزوجة أمة فاشتراها الزوج عقيب الظهار ففيه وجهان (أحدهما) إن الملك عود لأن العود أن يمسكها على الاستباحة وذلك قد وجد (والثانى) وهو قول أبى إسحاق ان ذلك ليس بعود لأن العود هو الامساك على الزوجية والشروع فى الشراء تسبب لفسخ النكاح فلم يجز أن يكون عوداً ، وان قذفها وأتى من اللعان بلفظ الشهادة وبقى لفظ اللعن فظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعن عقيب الظهار لم يكن ذلك عودا لأنه يقع به الفرقة فلم يكن عودا كما لو طلقها . وان قذفها ثم ظاهر منها ثم أتى بلفظ اللعان ففيه وجهان

(أحدهما) أنه صار عائدا لأنه أمسكها زماناً أمكنه أن يطلقها فيه فلم يطلق.

(والثانى) وهو قول ابى اسحاق أنه لا يكون عائدا لأنه اشتغل بما يوجب الفرقة فصار كما لو ظاهر منها ثم طلق وأطال لفظ الطلاق

﴿ فصـل ﴾ وان كان الظهار مؤقتاً ففى عوده وجهان (أحدهما) وهو قول المزنى أن العود فيه أن يمسكها بعد الظهار زماناً يمكنه أن يطلقها فيه كما قلنا فى الظهار المطلق (والثانى) وهو المنصوص أنه لا يحصل العود فيه الا بالوطء لأن امساكه يجوز أن يكون لوقت الظهار . ويجوز أن يكون لما بعد مدة الظهار ، فلا يتحقق العود الا بالوطء ، فإن لم يطأها حتى مضت المدة سقط الظهار ولم تجب الكفارة لأنه لم يوجد العود

(الشرح) قوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا » فى هذه الآية « والذين يظاهرون » ان هذا ابتداء والخبر « فتحرير رقبة » فحذف « عليهم » لدلالة الكلام عليه ، أى فعليهم تحرير رقبة ، والمجمع عليه عند العلماء أن قوله أنت على كظهر أمى منكر من القول وزور ، فمن قال هذا القول حرم عليه وطء امرأته فمن عاد لما قال لزمته كفارة الظهار لقوله تعالى «ثم يعودون لما قالوا»

فمن عاد لزمته الكفارة . قال القرطبي وهذا يدل على أن الكفارة لا تلزم بالقول خاصة حتى ينضم اليه العود ، وهذا حرف مشكل اختلف فيه الناس على سبعة أقوال (الاول) انه العزم على الوطء . وهو مشهور قول أبي حنيفة وأصحابه . وروى عن مالك فإن عزم على وطئها كان عودا ، وان لم يعزم لم يكن عودا .

(الثانى) العزم على الامساك بعد التظاهر منها . قاله مالك

(الثالث) العزم عليهما — وهو قول مالك فى موطئه ، قال بعد ذكر الآية سمعت أن تفسير ذلك أن يظاهر الرجل من امرأته ثم يجمع على اصابتها وامساكها فإن أجمع على ذلك فقد وجبت عليه الكفارة ، وان طلقها ولم يجمع بعد ظاهره منها على امساكها واصابتها فلا كفارة عليه . قال مالك وان تزوجها بعد ذلك لم يمسها حتى يكفر كفارة التظاهر .

(الرابع) أنه الوطء نفسه ، فإن لم يطأ لم يكن عودا ، قاله الحسن ومالك أيضا .

(الخامس) وهو قول الامام الشافعى رضى الله عنه هو أن يمسكها زوجة بعد الظهار مع القدرة على الطلاق ، لأنه لما ظاهر قصد التحريم ، فإن وصل به الطلاق فقد جرى على خلاف ما ابتدأه من ايقاع التحريم ولا كفارة عليه . وان أمسك عن الطلاق فقد عاد الى ما كان عليه فتجب عليه الكفارة

(السادس) أن الظهار يوجب تحريما لا يرفعه الا الكفارة ، ومعنى العود عند القائلين بهذا انه لا يستبيح وطؤها الا بكفارة يقدمها . قاله أبو حنيفة وأصحابه والليث بن سعد .

(السابع) هو تكرير الظهار بلفظه ، وهذا قول اهل الظاهر النافين للقياس قالوا اذا كرر اللفظ بالظهار فهو العود ، وان لم يكرر فليس بعود ، ويسند ذلك الى بكير الاشج وابى العالية وابى حنيفة أيضا . وهو قول الفراء

وقال ابو العالية وظاهر الآية يشهد له لأنه قال ثم يعودون لما قالوا ، أى الى قول ما قالوا . وروى على بن ابى طلحة عن ابن عباس فى قوله تعالى « والذين يظاهرون . الخ » هو ان يقول لها انت على كظهر امى . فإذا قال لها ذلك فليست تحل له حتى يكفر كفارة الظهار

قال ابن العربى فأما القول بأنه العود الى لفظ الظهار فهو باطل قطعاً لا يصح

عن بُكير . وإنما يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه . وقد رويت قصص المتظاهرين وليس فى ذكر الكفارة عليهم ذكر لِعَوْد القول منهم . وأيضا فإن المعنى ينقضه ، لأن الله تعالى وصفه بأنه منكر من القول وزور فكيف يقال له إذا أعدت القول المحرم والسبب المحظور وجبت عليك الكفارة . وهذا لا يعقل ألا ترى أن كل سبب يوجب الكفارة لا تشترط فيه الإعادة من قتل ووطء فى صوم أو غيره . وقد رد القرطبي على ابن العربى فقال : قوله يشبه أن يكون من جهالة داود وأشياعه . حمل منه عليه . وقد قال بقول داود من ذكرناه عنهم .

وقال بعض أهل التأويل الآية فيها تقديم وتأخير ، ثم يعودون لما كانوا عليه من الجماع فتحرير رقبة لما قالوا ، أى فعليهم تحرير رقبة من أجل ما قالوا ، فالجار والمجرور متعلق بالمحذوف الذى هو خبر الابتداء وهو عليهم . قاله الاخفش . وقال الزجاج المعنى ثم يعودون الى إرادة الجماع من أجل ما قالوا . وقيل المعنى الذين كانوا يظهرون من نسائهم فى الجاهلية ثم يعودون لما كانوا قالوه فى الجاهلية فى الإسلام فكفارة من عاد أن يحرر رقبة

وقال الفراء اللام بمعنى عن . والمعنى ثم يعودون عما قالوا ويريدون الوطء ، وقال الاخفش لما قالوا والى ما قالوا واحد ، واللام وإلى يتعاقبان قال « الحمد لله الذى هدانا لهذا » وقال « فاهدوهم الى صراط الجحيم » وقال « بأن ربك أوحى لها » وقال « وأوحي إلى نوح »

قال ابن قدامة فى المغنى : أوجب الله تعالى الكفارة بأمرين ظهار وعود فلا تثبت بأحدهما ، ولأن الكفارة فى الظهار كفارة يمين فلا يحنث بغير الحنث كسائر الأيمان ، والحنث فيها هو العود . وذلك فعل ما حلف على تركه وهو الجماع ، وترك طلاقها ليس بحنث فيها ، ولا فعل لما حلف على تركه فلا تجب به الكفارة ولأنه لو كان الامساك عوداً لوجبت الكفارة على المظاهر المؤقت وإن بر . وقد نص الشافعى على أنها لا تجب عليه

قلت : وليس فى كلام القرطبي ولا ابن قدامة فى الرد على الشافعى ما يدفع قوة حكمه إذ يقول متى أمسكها بعد ظهاره زمنا يمكنه طلاقها فيه فلم يطلقها فعليه الكفارة ، لأن ذلك هو العود

وقال الشافعى رضى الله عنه الذى عقلت مما سمعت فى « يعودون لما قالوا » أن المتظاهر حرم مس امرأته بالظهار ، فإذا أتت عليه مدة بعد القول بالظهار لم يحرمها بالطلاق الذى يحرم به ولا شىء يكون له مخرج من أن تحرم عليه به ، فقد وجب عليه كفارة الظهار ، كأنهم يذهبون الى انه إذا أمسك ما حرم على نفسه انه حلال فقد عاد لما قال فخالفه فأحل ما حرم . ولا أعلم له معنى أولى به من هذا ولم أعلم مخالفاً فى أن عليه كفارة الظهار ، وإن لم يعد بتظاهر آخر فلم يجز أن يقال لما لم أعلم مخالفاً فى أنه ليس بمعنى الآية . وإذا حبس المتظاهر امرأته بعد الظهار قدر ما يمكنه ان يطلقها ولم يطلقها فكفارة الظهار له لازمة . ولو طلقها بعد ذلك أو لاعنها فحرمت عليه على الابد لزمته كفارة الظهار . وكذلك لو ماتت أو ارتدت فقتلت على الردة . ومعنى قول الله تعالى « من قبل ان يتماسا » وقت لأن يؤدى ما أوجب عليه من الكفارة فيها قبل المماسة ، فإذا كانت المماسة قبل الكفارة فذهب الوقت لم تبطل الكفارة ولم يزد عليه فيها ، كما يقال له أد الصلاة فى وقت كذا وقبل وقت كذا فيذهب الوقت فيؤديها لأنها فرض عليه ، فإذا لم يؤدها فى الوقت أداها قضاء بعده ، ولا يقال له زد فيها لذهاب الوقت قبل أن تؤديها .

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه « ولو تظاهر منها فأتبع التظاهر طلاقا تحل له بعده قبل زوج له عليها فيه الرجعة أو لا رجعة له لم يكن عليه بعد الطلاق كفارة ، لأنه أتبعها الطلاق مكانه ، فإن راجعها فى العدة فعليه الكفارة فى التى يملك رجعتها . ولو طلقها ساعة نكحها لأن مراجعتها بعد الطلاق أكثر من حبسها بعد الظهار وهو يمكنه أن يطلقها

ولو تظاهر منها ثم أتبعها طلاقا لا يملك فيه الرجعة ثم نكحها لم تكن عليه كفارة ، لأن هذا ملك غير الملك الأول الذى كان فيه الظهار . ألا ترى انه لو تظاهر منها بعد طلاق لا يملك فيه الرجعة لم يكن فيه متظاهرا . ولو طلقها ثلاثا أو طلاقا لا تحل له حتى تنكح زوجا غيره سقط عنه الظهار اه

قلت انه إذا طلق من ظاهر منها ثم تزوجها لم يكن عليه كفارة إلا اذا راجعها

فى العدة . وقال أحمد وأصحابه لم يحل له وطؤها حتى يكفر سواء كان الطلاق ثلاثا أو أقل منه ، وسواء رجعت اليه بعد زوج آخر أو قبله . نص عليه أحمد ، وهو قول عطاء والحسن والزهرى والنخعى ومالك وابى عبيد

وقال قتادة اذا بانت سقط الظهار ، فإذا عاد فنكحها فلا كفارة عليه . وللشافعى قولان كالمذهبين . وقول ثالث ان كانت البينونة بالثلاث لم يعد الظهار ، وإلا عاد وبناه على الأقاويل فى عود صفة الطلاق فى النكاح الثانى وقد مضى

(فرع) إذا تظاهر المسلم من امرأته ثم ارتد او ارتدت مع الظهار — فإن عاد المرتد منهما الى الاسلام فى العدة فحبسها قدر ما يمكنه الطلاق — لزمه الظهار وان طلقها مع عودة المرتد منهما الى الاسلام او لم يعد المرتد منهما الى الاسلام فلا ظهار عليه الا ان يتنا كحا قبل ان تبين منه بثلاث فيعود عليه الظهار

(مسألة) قال الشافعى رضى الله عنه « وإذا تظاهر الرجل من امرأته وهى أمة ثم عتقت فاختارت فراقه فالظهار لازم له لأنه حبسها بعد الظهار مدة يمكنه فيها الطلاق . ولو تظاهر منها وهى أمة فلم يكفر حتى اشتراها لم يكن له ان يقربها حتى يكفر ، لأن كفارة الظهار لزمته وهى أمة زوجة — الى ان قال — واذا قال الرجل لامرأته انت على كظهر امى والله لاقربك ، او قال والله لاقربك وانت على كظهر امى فهو مول متظاهر يؤمر بأن يكفر للظهار من ساعته ، ويقال له ان قدمت الفيئة قبل الأربعة الأشهر فهو خير لك . وان فئت كنت خارجا بها من حكم الايلاء ، وعاصيا ان قدمتها قبل كفارة الظهار ، فإن اخرتها الى اربعة اشهر فسألت امرأتك ان توقف للإيلاء وقفت ، وإن فئت خرجت من الايلاء ، وان لم تفىء قيل طلق والا طلق عليك اه

هذا وما فى الفصول من اللعان سيأتى فى بابه خشية الاطالة

(مسألة) للعود فى الظهار المؤقت وجهان (أحدهما) ان العود هو الامساك بعد الظهار بقدر ما يمكنه من طلاقها كالمنصوص فى الظهار المطلق . وهذا هو اختيار المزنى (والثانى) وهو المنصوص فى المؤقت ان العود لا يتحقق الا بالوطء فإذا مضت المدة بغير وطء سقط الظهار وسقط وجوب الكفارة لأن العود لم يوجد وهو الذى يتعلق به الكفارة

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات وأمسكهن ، لزمه لكل واحدة كفارة ، وإن تظاهر منهن بكلمة واحدة بأن قال : أنتن على كظهر أمى وأمسكهن ففيه قولان ، قال فى القديم : تلزمه كفارة واحدة لما روى ابن عباس وسعيد بن المسيب رضى الله عنهما أن عمر رضى الله عنه سئل عن رجل تظاهر من أربع نسوة فقال يجزيه كفارة واحدة . وقال فى الجديد : يلزمه أربع كفارات لأنه وجد الظهار والعود فى حق كل واحدة منهن ، فلزمه أربع كفارات ، كما لو أفردهن بكلمات .

وإن تظاهر من امرأة ثم ظاهر منها قبل أن يكفر عن الاول نظرت — فإن قصد التأكيد — لزمه كفارة واحدة ، وإن قصد الاستئناف ففيه قولان ، قال فى القديم تلزمه كفارة واحدة ، لان الثانى لم يؤثر فى التحريم ، وقال فى الجديد يلزمه كفارتان لأنه قول يؤثر فى تحريم الزوجة كرره على وجه الاستئناف ، فتعلق بكل مرة حكم الطلاق ، وإن أطلق ولم ينو شيئاً فقد قال بعض أصحابنا حكمه حكم ما لو قصد التأكيد . ومنهم من قال : حكمه حكم ما لو قصد الاستئناف ؛ كما قلنا فيمن كرر الطلاق .

وإن كانت له امرأتان وقال لإحداهما : إن تظاهرت منك فالأخرى على كظهر أمى ، ثم تظاهر من الاولى وأمسكها لزمه كفارتان قولا واحدا لأنه أفرد كل واحدة منهما بظهار .

(الشرح) إذا تظاهر من أربع نسوة بأربع كلمات فقال : لكل واحدة أنت على كظهر أمى ، فإن لكل يمين كفارة . وهذا قول عروة وعطاء وأحمد بن حنبل فى رواية ابى عبد الله بن حامد . وقال فى رواية ابى بكر : يجزئه كفارة واحدة . ولأنها أيمان متكررة على أعيان متفرقة فكان لكل واحدة كفارة ، كما لو كفر ثم ظاهر ؛ ولأنها أيمان لا يحنث فى إحداها بالحنث فى الأخرى فلا تكفرها كفارة واحدة كالأصل ؛ ولأن الظهار معنى يوجب الكفارة ، فتعدد الكفارة بتعدده فى المحال المختلفة كالقتل ؛ ويفارق الحد فإنه عقوبة تدرأ بالشبهات ؛

فأما ان ظاهر من امرأته مرارا ولم يكفر فإن قصد توكيده فعليه كفارة واحدة ؛ وإن قصد الاستئناف ففيه قولان . القديم تلزمه كفارة واحدة لعدم تأثير الثانى فى التحريم . والجديد يلزمه لكل يمين كفارة ، لتعلق الطلاق بكل مرة ينطق به على سبيل الاستئناف، فإذا لم ينو شيئاًفقد ذهب بعض أصحابنا إلى إلحاقه بالتوكيد وذهب الآخر إلى إلحاقه بالاستئناف

وقال أحمد وأصحابه ليس عليه إلا كفارة واحدة ولم يفرق لأن الحنث واحد فوجبت كفارة واحدة كما لو كانت اليمين واحدة

أما إذا تظاهر من نسائه الاربع بكلمة واحدة فقد قال فى القديم تلزمه كفارة واحدة ؛ وهو قول علىوعمر وعروةوطاوسوعطاء وربيعةومالك والاوزاعى واسحاق وأبى ثور وأحمد بنحنبل . وقال الشافعى فى الجديد واذا تظاهر الرجل من أربع نسوة له بكلمة واحدة أو بكلام متفرق فسواء وعليهفى كلواحدة منهن كفارة ، لأن التظاهرتحريم لكل واحدة منهن لا تحل له بعد حتى يكفر كمايطلقهن معاً فى كلمة واحدة أو كلام متفرق ، فتكون كل واحدة منهن طالقا . قال واذا تظاهر الرجل من امرأته مرتين أو ثلاثاً أو أكثر يريد بكل واحدة منهن ظهارا غيرصاحبهفهل يكفر؟ فعليه فى كل تظاهر كفارة كما يكون عليه فى كل تطليقة تطليقة لأن التظاهر طلاق جعل المخرج منه كفارة ، ولو قالها متتابعة فقال أردت ظهاراً واحداً كان واحداً ، كما يكون لو أراد طلاقا واحدا وابانة بكلمة واحـــدة . انتهى من الأم .

وجملة ذلك أنه اذا تظاهر من أربع من نسائه بكلمة واحدة كان عليه لكل واحدة كفارة . وهو قول الحسن والنخعى والزهرى ويحيى الانصارى والحكم والثورى وأصحاب الرأى ؛ ومفهوم كلام الخرقى من الحنابلة أنه اذا ظاهر منهن بكلمات فقال لكل واحدة أنت على كظهر أمى فإن لكل يمين كفارة ، وهذا قول عروة وعطاء . قال أبو عبد الله بن حامد من أصحاب أحمد المذهب رواية واحدة فى هذا ، وتابعه القاضى وخالفه أبو بكر فقال فيه رواية أخرى أنه يجزئه كفارة واحدة . قال ابن قدامة واختار هذا الذى قلناه اتباعا لعمر بن الخطاب والحسن

وعطاء وابراهيم وربيعة وقبيصة واسحاق ، لأن كفارة الظهار حق لله تعالى فلم تتكرر بتكرر سببها كالحد وعليه يخرج الطلاق

(مسألة) اذا ظاهر من امرأة ثم قال لأخرى أشركتك معها أو أنت شريكتها أو كهي ونوى المظاهرة من الثانية صار مظاهراً منها بغير خلاف علمناه ، وبه قال مالك وأحمد .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ واذا وجبت الكفارة حرم وطؤها الى أن يكفر لقوله عز وجل « والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لماقالوافتحرير رقبة من قبل أن يتماسا فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا » فشرط فى العتق والصوم أن يكونا قبل المسيس ، وقسنا عليهما الاطعام وروى عكرمة أن رجلا ظاهر من امرأته ثم واقعها قبل أن يكفر فأتى النبي(ص) فأخبره فقال « ما حملك على ما صنعت ؟ قال رأيت بياض ساقها فى القمر ، قال فاعتزلها حتى تكفر عن يمينك» .

واختلف قوله فى المباشرة فيما دون الفرج ، فقال فى القديم تحرم لأنه قول يؤثر فى تحريم الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق . وقال فى الجديد لا تحرم لأنه وطء لا يتعلق بتحريمه مال فلم يجاوزه التحريم كوطء الحائض . والله تعالى أعلم .

(الشرح) حديث عكرمة هكذا ساقه المصنف مرسلا ، وهى رواية النسائى ولفظه « فلا تقربها حتى تقضى ما عليك » وقد أخرجه موصولا عن ابن عباس أبوداود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى والحاكم وصححه ، قال الحافظ بن حجر ورجاله ثقات لكن أعله أبو حاتم والنسائى بالارسال

وقال ابن حزم رجاله ثقات ولا يضره ارسال من أرسله . وأخرج البزار شاهدا له من طريق خصيف عن عطاء عن ابن عباس « ان رجلا قال يارسول الله انى ظاهرت من امرأتى فرأيت ساقها فى القمر فواقعتها قبل أن أكفر ، فقال كفر ولا تعد » وقد بالغ أبو بكر بن العربى فقال ليس فى الظهار حديث صحيح

أما الاحكام فإنه يحرم على المظاهر وطء امرأته قبل أن يكفر وليس فى ذلك اختلاف اذا كانت الكفارة عتقا أو صوما لقوله تعالى « فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا » وقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا » وأكثر أهل العلم على أن التكفير بالاطعام مثلهما قياسا عليهما، وأنه يحرم وطؤها قبل التكفير منهم عطاء والزهرى وأصحاب الرأى ومالك . وذهب أبو ثور الى إباحة الجماع قبل التكفير بالاطعام ، وعن أحمد ما يقتضى ذلك ، لأن الله تعالى لم يمنع المسيس قبله كما فى العتق والصوم

دليلنا حديث عكرمة ، ولأنه مظاهر لم يكفر فحرم عليه جماعها ، كما لو كانت كفارته العتق أو الصيام .

(فرع) التلذذ بما دون الفرج من القبلة واللمس والمباشرة ، فقد ذهب فى القديم الى تحريمه ، لأن الظهار قول يحرم به الوطء فحرم به ما دونه من المباشرة كالطلاق وهو احدى الروايتين عن أحمد واختيار أبى بكر من أصحابه ، وهو قول الزهرى ومالك والاوزاعى وأبى عبيد وأصحاب الرأى . وروى ذلك عن النخعى لأن ما يحرم به الوطء يحرم به دواعيه كالطلاق والاحرام

وقال فى الجديد : لايحرم عليه سوى الجماع ، والرواية الثانية عن أحمد حيث يقول : أرجو أن لا يكون به بأس . وهو قول الثورى واسحاق وأبى حنيفة . وحكى عن مالك ، وذلك لأنه وطء يتعلق بتحريمه مال فلم يتجاوزه التحريم كوطء الحائض . والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب كفارة الظهار

وكفارته عتق رقبة لمن وجد وصيام شهرين متتابعين لمن لم يجد الرقبة وإطعام ستين مسكينا لمن لا يجد الرقبة ولا يطيق الصوم، والدليل عليه قوله عز وجل «والذين يظاهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا ، فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكينا »

وروت خولة بنت مالك بن ثعلبة قالت « ظاهر مني زوجي أوس بن الصامت فجئت رسول الله صلى الله عليه وسلم أشكو اليه ورسول الله صلى الله عليه وسلم يجادلني فيه ويقول : اتقي الله فإنه ابن عمك ، فما برحت حتى نزل القرآن « قد سمع الله قول التي تجادلك في زوجها وتشتكي الى الله . الآية » فقال يعتق رقبة ، فقلت لا يجد ، قال فليصم شهرين متتابعين ، قلت يا رسول الله شيخ كبير ما به صيام ، قال فليطعم ستين مسكينا ، قلت يا رسول الله ما عنده شيء يتصدق به ، قال فأتى بعرق من تمر ، قلت يارسول الله وأنا أعينه بعرق آخر ، قال قد أحسنت فاذهبي فأطعمي بهما عنه ستين مسكينا وارجعي الى ابن عمك » فإن كان له مال يشترى به رقبة فاضلا عما يحتاج اليه لقوته ولكسوته ومسكنه وبضاعة لا بد له منها وجب عليه العتق .

وان كان له رقبة لا يستغنى عن خدمتها ، بأن كان كبيرا أو مريضا أو ممن لا يخدم نفسه لم يلزمه صرفها في الكفارة ، لأن ما يستغرقه حاجته كالمعدوم في جواز الانتقال الى البدل ، كما نقول فيمن معه ماء يحتاج اليه للعطش ، وان كان ممن يخدم نفسه ففيه وجهان

(أحدهما) يلزمه العتق لأنه مستغن عنه

(والثاني) لا يلزمه لأنه ما من أحد الا ويحتاج الى الترفه والخدمة ، وان وجبت عليه كفارة وله مال غائب — فإن كان لاضرر عليه في تأخير الكفارة ، كـــكفارة القتل وكفارة الوطء في رمضان — لم يجز أن ينتقل الى الصوم لأنه

قادر على العتق من غير ضرر ، فلا يكفر بالصوم كما لو حضر المال ، وإن كان عليه ضرر فى تأخير الكفارة ككفارة الظهار ففيه وجهان (أحدهما) لا يكفر بالصوم لأن له مالا فاضلا عن كفايته يمكنه أن يشترى به رقبة فلا يكفر بالصوم ، كما نقول فى كفارة القتل (والثانى) له أن يكفر بالصوم لأن عليه ضرراً فى تحريم الوطء إلى أن يحضر المال فجاز له أن يكفر بالصوم

(فصل) وإن اختلف حاله من حين وجبت الكفارة إلى حين الأداء ففيه ثلاثة أقوال (أحدها) أن يعتبر حال الاداء لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها فاعتبر فيها حال الاداء كالوضوء (والثانى) يعتبر حال الوجوب لأنه حق يجب على وجه التطهير فاعتبر فيه حال الوجوب كالحد (والثالث) يعتبر أغلظ الاحوال من حين الوجوب إلى حين الاداء ، فأى وقت قدر على العتق لزمه لأنه حق يجب فى الذمة بوجود المال فاعتبر فيه أغلظ الاحوال كالحج

(فصل) ولا يجزىء فى شىء من الكفارات إلا رقبة مؤمنة لقوله عز وجل « ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة » فنص فى كفارة القتل على رقبة مؤمنة وقسنا عليها سائر الكفارات .

(فصل) ولا يجزىء إلا رقبة سليمة من العيوب التى تضر بالعمل ضرراً بيناً لأن المقصود تمليك العبد منفعته وتمكينه من التصرف ، وذلك لا يحصل مع العيب الذى يضر بالعمل ضرراً بيناً ، فإن أعتق أعمى لم يجز لان العمى يضر بالعمل الضرر البين ، وإن أعتق أعور أجزأه لان العور لا يضر بالعمل ضرراً بيناً لانه يدرك ما يدرك البصير بالعينين ولا يجزىء مقطوع اليد أو الرجل لأن ذلك يضر بالعمل ضررا بينا ، ولا يجزىء مقطوع الإبهام أو السبابة أو الوسطى لان منفعة اليد تبطل بقطع كل واحد منها ، ويجزىء مقطوع الخنصر أو البنصر لانه لا تبطل منفعة اليد بقطع إحداها ، فإن قطعتا جميعا — فإن كانتا من كف واحدة — لم تجزه لأنه تبطل منفعة اليد بقطعهما ، وان كانتا من كفين أجزأه لانه لا تبطل منفعة كل واحد من الكفين ، وان قطع منه أنملتان — فإن كانتا من الخنصر أو البنصر — أجزأه ، لان ذهاب كل واحدة منهما لا يمنع الإجزاء فلأن لا يمنع ذهاب أنملتين أولى ، وان كانتا من الوسط او السبابة لم يجزه لأنه

تبطل به منفعة الأصبع ، وإن قطعت منه أنملة — فإن كانت من غير الابهام — أجزأه لأنه لا تبطل به منفعة الأصبع ، وإن كانت من الابهام لم يجزه لأنه تبطل به منفعة الابهام .

(فصل) وإن كان أعرج نظرت — فإن كان عرجا قليلا — أجزأه لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وإن كان كثيراً لم يجزه لأنه يضر بالعمل ضرراً بينا ويجزىء الأصم لأن الصمم لا يضر بالعمل بل يزيد فى العمل لأنه لا يسمع مايشغله وأما الاخرس فقد قال فى موضع يجزئه ، وقال فى موضع لا يجزئه. فمن أصحابنا من قال : إن كان مع الخرس صمم لم يجزه ، لأنه يضر بالعمل ضرراً بيناً ، وإن لم يكن معه صمم أجزأه لأنه لا يضر بالعمل ضرراً بينا ، وحمل القولين على هذين الحالين ، ومنهم من قال: إن كان يعقل الاشارة أجزأه لانه يبلغ بالاشارة مايبلغ بالنطق ، وان كان لا يعقل لم يجزه ، لانه يضر بالعمل ضرراً بينا، وحمل القولين على هذين الحالين .

وإن كان مجنوناً جنوناً مطبقاً يمنع العمل لم يجزه ، لأنه لا يصلح للعمل ، وإن كان يجن ويفيق نظرت — فإن كان زمان الجنون أكثر — لم يجزه لأنه يضر به ضرراً بينا ، وإن كان زمان الافاقة أكثر أجزأه لأنه لا يضر به ضرراً بينا ، ويجزىء الاحمق ، وهو الذى يفعل الشىء فى غير موضعه مع العلم بقبحه .

(فصل) ويجزىء الاجدع لانه كغيره فى العمل ، ويجزىء مقطوع الاذن لان قطع الاذن لا يؤثر فى العمل ، وغيره أولى منه ليخرج من الخلاف ، فإن عند مالك لا يجزئه ؛ ويجزىء ولد الزنا لانه كغيره فى العمل ، وغيره أولى منه لان الزهرى والاوزاعى لا يجيزان ذلك ، ويجزىء المجبوب والخصى لان الجب والخصى لا يضران بالعمل ضرراً بينا ، ويجزىء الصغير لأنه يرجى من منافعه وتصرفه أكثر مما يرجى من الكبير ؛ ولا يجزىء عتق الحمل لأنه لم يثبت له حكم الاحياء ، ولهذا لا يجب عنه زكاة الفطر ، ويجزىء المريض الذى يرجى برؤه ، ولا يجزىء من لا يرجى برؤه ، لأنه لا عمل فيه ، ويجزىء نضو الخلق اذا لم

يعجز عن العمل ، ولا يجزىء اذا عجز عن العمل ؛ وان أعتق مرهونا أو جانيا وجوزنا عتقه أجزأه لأنه كغيره فى العمل

(فصل) ولا يجزىء عبد مغصوب لأنه ممنوع من التصرف فى نفسه فهو كالزّمن ، وإن أعتق غائبا لا يعرف خبره فظاهر ما قاله ههنا أنه لا يجزئه . وقال فى زكاة الفطر إن عليه فطرته ؛ فمن أصحابنا من نقل جواب كل واحدة منهما إلى الاخرى وجعلهما على قولين ؛ أحدهما يجزئه عن الكفارة وتجب زكاة الفطر عنه لأنه على يقين من حياته وعلى شك من موته ، واليقين لا يزال بالشك ؛ والثانى لا يجزئه فى الكفارة ولا تجب زكاة فطرته ، لأن الاصل فى الكفارة وجوبها فلا تسقط بالشك ، والاصل فى زكاة الفطر براءة ذمته منها، فلا تجب بالشك ، ومنهم من قال لا يجزئه فى الكفارة وتجب زكاة الفطر ، لأن الاصل ارتهان ذمته بالكفارة بالظهار المتحقق ، وارتهانها بالزكاة بالملك المتحقق فلم تسقط الكفارة بالحياة المشكوك فيها ، ولا الزكاة بالموت المشكوك فيه

(فصل) ولا يجزىء عتق أم الولد ولا المكاتب ، لأنهما يستحقان العتق بغير الكفارة ؛ بدليل أنه لا يجوز إبطاله بالبيع فلا يسقط بعتقهما فرض الكفارة كما لو باع من فقير طعاماً ثم دفعه اليه عن الكفارة ؛ ويجزىء المدبر والمعتق بصفة لأن عتقهما غير مستحق بدليل انه يجوز إبطاله بالبيع

(فصل) وإن اشترى من يعتق عليه من الاقارب ونوى عتقه عن الكفارة لم يجزه لأن عتقه مستحق بالقرابة فلا يجوز أن يصرفه إلى الكفارة ، كما لو استحق عليه الطعام فى النفقة فى القرابة فدفعه اليه عن الكفارة . وإن اشترى عبداً بشرط أن يعتقه فأعتقه عن الكفارة لم يجزه لأنه مستحق العتق بغير الكفارة فلا يجوز صرفه الى الكفارة

وإن كان مظاهراً وله عبد فقال لامرأته : إن وطئتك فعلىّ أن أعتق عبدى عن كفارة الظهار فوطئها ثم أعتق العبد عن الظهار ففيه وجهان ، أحدهما : وهو قول أبى على الطبرى أنه لا يجزئه لأن عتقه مستحق بالحنث فى الايلاء

والثانى وهو قول أبى إسحاق أنه يجزئه ؛ وهو المذهب لأنه لا يتعين عليه عتقه لانه مخير بين أن يعتقه وبين أن يكفر كفارة يمين

(فصل) وإن كان بينه وبين آخر عبد وهو موسر فأعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة أجزأه ، لأنه عتق العبد بالمباشرة والسراية ، وحكم السراية حكم المباشرة ، ولهذا إذا جرحه وسرى إلى نفسه جعل كما لو باشر قتله ، وإن كان معسراً عتق نصيبه ، وإن ملك نصيب الآخر وأعتقه عن الكفارة أجزأه ، لأنه أعتق جميعه عن الكفارة . وإن كان فى وقتين فأجزأه كما لو أطعم المساكين فى وقتين ، وإن أعتق نصف عبدين عن كفارة ففيه ثلاثة أوجه

(أحدها) لا يجزئه لأن المأمور به عتق رقبة ولم يعتق رقبة

(والثانى) يجزئه لأن أبعاض الجملة كالجملة فى زكاة الفطر ، وزكاة المال ، فكذلك فى الكفارة .

(والثالث) أنه إن كان باقيهما حراً أجزأه ، لأنه يحصل تكميل الأحكام والتمكين من التصرف فى منافعه على التمام ، وإن كان مملوكاً لم يجزه ، لأنه لا يحصل له تكميل الاحكام والتمكين التام .

(فصل) إذا قال لغيره أعتق عبدك عنى فأعتقه عنه دخل العبد فى ملكه وعتق عليه ، سواء كان بعوض أو بغير عوض ، واختلف أصحابنا فى الوقت الذى يعتق عليه ، فقال أبو إسحاق يقع الملك والعتق فى حالة واحدة ؛ ومن أصحابنا من قال: يدخل فى ملكه ثم يعتق عليه ، وهو الصحيح ، لأن العتق لا يقع عنه فى ملك غيره فوجب أن يتقدم الملك ثم يقع العتق . وإن قال أعتق عبدك عن كفارتى ، فأعتقه عن كفارته أجزأه لأنه وقع العتق عنه فصار كما لو اشتراه ثم أعتقه

(الشرح) حديث خولة بنت مالك بن ثعلبة رواه أبو داود وابن إسحاق وأحمد بمعناه وفى إسناده محمد بن اسحاق ، وأخرج بن ماجه والحاكم نحوه من حديث عائشة قالت : تبارك الذى وسع سمعه كل شيء ، انى لأسمع كلام خولة بنت ثعلبة ويخفى عليَّ بعضه وهى تشتكى إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ فذكرت الحديث وأصله فى البخارى من هذا الوجه إلا أنه لم يسمها

وأخرج أبو داود والحاكم أيضاً من حديث عائشة من وجه آخر قالت : كانت جميلة امرأة أوس بن الصامت (أخى عبادة بن الصامت) وكان امرءاً به لمم .

فإذا اشتد لمه ظاهر من امرأته ، وقد أعله أبو داود بالإرسال . أما خولة بنت مالك فقد وقع فى تفسير أبى حاتم خولة بنت الصامت . قال الحافظ بن حجر وهو وهم ، والصواب زوج ابن الصامت . ورجح غير واحد أنها خولة بنت الصامت ابن ثعلبة ، وروى الطبرانى فى الكبير والبيهقى من حديث ابن عباس أن المرأة خولة بنت خويلد ، وفى إسناده ابو حمزة اليمانى ، وهو ضعيف . وقال يوسف بن عبد الله بن سلام : انها خويلة ، وروى أنها بنت دليح ، كذا فى الكاشف ؛ وفى رواية لعائشة « والعرق ستون صاعا» تفرد بها معمر عن عبد الله بن حنظلة ، قال الذهبي : لا يعرف ، ووثقه ابن حبانٍ ، وفيها أيضاً محمد بن إسحاق وقد عنعن . والمشهور عرفاً أن العرق خمسة عشر صاعا ؛ كما روى ذلك الترمذي بإسناد صحيح من حديث سلمة ، وأحكام هذه الفصول على وجهها على أن تراجع مقدمتنا على كتاب العتق فى الجزء الخامس عشر

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن لم يجد رقبة وقدر على الصوم لزمه أن يصوم شهرين متتابعين لقوله عز وجل « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين » فإن دخل فيه فى أول الشهر صام شهرين بالأهلة ؛ لان الاشهر فى الشرع بالاهلة والدليل عليه قوله عزوجل « يسألونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج »

فإن دخل فيه وقد مضي من الشهر خمسة أيام صام ما بقى وصام الشهر الذى بعده ، ثم يصوم من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما ، لأنه تعذر اعتبار الهلال فى شهر فاعتبر بالعدد كما يعتبر العدد فى الشهر الذى غم عليهم الهلال فى صوم رمضان وإن أفطر فى يوم منه من غير عذر لزمه أن يستأنف ، وإن جامع بالليل قبل أن يكفر أثم لأنه جامع قبل التكفير، ولا يبطل التتابع لأن جماعه لم يؤثر فى الصوم فلم يقطع التتابع كالأكل بالليل .

وإن كان الفطار لعذر نظرت فإن كانت امرأة فحاضت فى صوم كفارة القتل أو الوطء فى كفارة رمضان لم ينقطع التتابع لأنه لا صنع لها فى الفطر ؛ ولأنه لا يمكن حفظ الشهرين من الحيض إلا بالتأخير الى أن تيأس من الحيض ؛

وفى ذلك تغرير بالكفارة لأنهاربما ماتت قبل الإياس فتفوت . وإن كان الفطر بمرض ففيه قولان :

أحدهما يبطل التتابع لأنه أفطر باختياره فبطل التتابع ، كما لو أجهده الصوم فأفطر . والثانى لا يبطل لأن الفطر بسبب من غيرجهته فلم يقطع التتابع كالفطر بالحيض . وإن كان بالسفر ففيه طريقان: من أصحابنا من قال فيه قولان كالفطر بالمرض ، لأن السفر كالمرض فى إباحة الفطر ، فكان كالمرض فى قطع التتابع. والثانى : أنه يقطع التتابع قولا واحداً لأن سببه من جهته . وإن انقطع الصوم بالإغماء فهو كما لو أفطر بالمرض .

وإن أفطرت الحامل أو المرضع فى كفارة القتل أو الجماع فى رمضان خوفاً على ولديهما ففيه طريقان ؛ أحدهما انه على قولين ؛ لأنه فطر لعذر فهو كالفطر بالمرض ؛ والثانى انه ينقطع التتابع قولا واحداً لأن فطرهما لعذر فى غيرهما فلم يلحقا بالمريض ؛ ولهذا يجب عليهما الفدية مع القضاء فى صوم رمضان ، ولا يجب على المريض . وإن دخل فى الصوم فقطعه بصوم رمضان أو يوم النحر لزمه أن يستأنف ، لأنه ترك التتابع بسبب لا عذر فيه

(الشرح) إن لم يجد المظاهر رقبة تفضل عن كفايته ، أو كان العرف القائم يمنع الاسترقاق كهو فى عصرنا ، وكان قادراً على الصيام لزمه ان يصوم شهرين متتابعين لقوله تعالى « والذين يظاهرون من نسائهم . الآية » ولما ذكرناه من حديثى أوس بن الصامت وسلمة بن صخر

إذا ثبت هذا فإن إجماع أهل العلم على أن المظاهر فرضه صيام شهرين متتابعين وذلك لقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل ان يتماسا » فإن صام من الكفارة أول ليلة من الشهر كان عليه ان يتابع الصوم شهرين هلالين متتابعين سواء كانا تامين أو ناقصين ، لأن الله أوجب عليه صوم شهرين؛ واطلاق الشهر ينصرف الى الشهر الهلالى لقوله تعالى « يسئلونك عن الأهلة قل هى مواقيت للناس والحج »

وروت عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « الشهر هكذا وهكذا ، وأومأ بأصابع يديه وحبس إبهام يده فى الثالثة كأنه يعد خمسين» وروى أنه قال « قد يكون الشهر هكذا وهكذا وحبس إبهامه فى الثالثة» وإن ابتدأ بالصوم وقد مضى من الشهر يوم أو أكثر صام ما بقى من هذا الشهر بالعدد وصام الشهر الذى بعده بالهلال تاماً أو ناقصاً وتم عدد الأول من الثالث ثلاثين يوما تاماً كان الأول أو ناقصاً؛ لأنه لما فاته شىء من الشهر الأول لم يصمه لم يمكن اعتباره بالهلال فاعتبر بالعدد ، واعتبر الثانى بالهلال لأنه أمكنه ذلك

(فرع) وإن أفطر فى يوم أثناء الشهرين — فإن كان أفطر لغير عذر — انقطع تتابعه ولزمه أن يستأنف صوم شهرين متتابعين لقوله تعالى « فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين » ومعنى التتابع أن يوالى بالصوم أيامهما ولا يفطر فيهما لغير عذر ولم يفعل ذلك فصار كما لو لم يصم

وإن جامع فى ليلة فى أثناء الشهرين عامداً عالما بالتحريم أثم بذلك ولا ينقطع تتابعه ، وإن وطئها بالنهار ناسياً لم يفسد صومه ولم ينقطع تتابعه ، وبه قال أبو يوسف ، وهو إحدى الروايتين عن احمد

وقال مالك وأبو حنيفة : ينقطع تتابعه بذلك ، إلا أن مالكا يقول : إذا وطئها بالنهار ناسياً فسد صومه ، وأبو حنيفة يقول : لا يفسد إلا أن ينقطع التتابع . دليلنا على انه لا ينقطع التتابع أنه وطء لم يفسد به الصوم ، فلم ينقطع التتابع كما لو وطىء امرأة أخرى ، وإن كان الفطر بعذر نظرت ، فإن كان العذر حيضاً ، ولا يتصور ذلك فى كفارة الظهار ، وإنما يتصور ذلك فى كفارة القتل والجماع فى رمضان ، إذا قلنا تجب عليه الكفارة ، فإن التتابع لا ينقطع ، لأن زمن الحيض مستحق للفطر فهو كليالى الصوم ، ولأن الحيض حصل بغير اختيارها ولا يمكنها الاحتراز منه .

فلو قلنا إنه ينقطع التتابع لأدى إلى أن المرأة لا يمكنها أن تكفر بالصوم إلا بعد الإياس من الحيض ، وفى ذلك تأخيرها عن وقت وجوبها ، وربما ماتت قبل الإياس ؛ فلذلك قلنا لا يقطع التتابع . وإن أفطرت للنفاس احتمل أن يكون فيه وجهان كما قلنا فى الإيلاء .

وإن كان الفطر للمرض ففيه قولان . قال فى القديم لا ينقطع التتابع وبه قال مالك وأحمد ، لأن سبب الفطر حدث بغير اختياره فهو كالحيض ؛ ولأنا لو قلنا انه ينقطع بالفطر فى المرض لأدى ذلك الى أن يتسلسل ، لأنه لا يأمن وقوع المرض إذا استأنف بعد البرء .

وقال فى الجديد ينقطع تتابعه ، وبه قال ابو حنيفة ، لأنه أفطر باختياره ، فهو كما لو أفطر بغير المرض .

وان أفطر بالسفر - فإن قلنا ان المرض اذا أفطر قطع التتابع فالسفر أولى ؛ وان قلنا ان أفطر بالمرض لا ينقطع ففى السفر قولان . أحدهما لا ينقطع التتابع لأن السفر عذر يبيح الفطر فهو كالمرض ، والثانى أنه ينقطع التتابع لأنه حدث بسبب الفطر وهو السفر .

وإن نوى الصوم من الليل ثم أغمى عليه فى أثناء النهار فهل يبطل صومه ؟ فيه طريقان مضى ذكرهما فى الصوم وأبانهما الإمام النووى رضى الله عنه ، فإن قلنا لا يبطل لم ينقطع التتابع بذلك ؛ وان قلنا يبطل صومه قال الشيخ ابو اسحاق والمحاملى : هو كالفطر بالمرض على قولين ، قال العمرانى وفيه نظر ، لأنه لم يفطر باختياره بخلاف الفطر بالمرض فإنه أفطر باختياره اه

وان أفطرت المرضع والحامل فى أثناء الشهرين ، فإن كان خوفا على انفسهما فهو كالفطر للمرض ، وان كان خوفاً على ولديهما فهل ينقطع التتابع ؟ فيه طريقان من اصحابنا من قال فيه قولان كالفطر للمرض . ومنهم من قال يقطع التتابع قولا واحداً لأنهما أفطرتا لحق غيرهما بخلاف المرض

(فرع) وان صام فى أثناء الشهرين تطوعا أو عن نذر أو قضاء انقطع تتابعه بذلك . لأن ذلك لا يقع عن الشهرين فانقطع تتابعه به كما لو أفطر . فإن صام بعض الشهرين ثم تخللها زمان لا يجرى صومه عن كفارته مثل رمضان أو عيد الاضحى انقطع تتابعه ، لأن رمضان مستحق لصومه ، وعيد الاضحى مستحق للفطر ، وقد يمكنه أن يبتدىء صوما لا يقطعه ذلك ، فإن لم يفعل ذلك فقد فرط كما لو أفطر فى أثناء الشهرين بغير عذر ، ولا يجىء أن يقال تخللها عيد الفطر ولا أيام التشريق ، لأن عيد الفطر يتقدمه رمضان ، وأيام التشريق يتقدمها عيد

الأضحى . فأما إذا ابتدأ الصوم عن الشهرين فى رمضان لم يصح صومه عن رمضان لأنه لم ينو الصيام عنه ولا عن الشهرين ، لأن الزمان مستحق لصوم رمضان فلا يقع عن غيره .

وإن ابتدأ صوم الشهرين يوم عيد الفطر لم يصح لأنه مستحق للفطر ويصح صومه باقى الشهرين ، وإن ابتدأ الصوم أيام التشريق ، فإن قلنا بقوله الجديد وأن صومها لا يصح عن صوم التمتع ، أو قلنا بقوله القديم أنه يصح صومها عن صوم التمتع ، وقلنا بأحد الوجهين على القديم لا يصح صومها عن التمتع لم يصح صومه عن الشهرين ، وإن قلنا يصح صومها عن التطوع صح صومها عن الشهرين

قال المصنف رحمه الله تعالى

(فصل) وإن دخل فى الصوم ثم وجد الرقبة لم يبطل صومه ، وقال المزنى يبطل كما قال فى المتيمم إذا رأى الماء فى الصلاة ، وقد دللنا عليه فى الطهارة ، والمستحب أن يخرج من الصوم ويعتق ، لأن العتق أفضل من الصوم لما فيه من نفع الآدمى ، ولأنه يخرج من الخلاف .

(فصل) وإن لم يقدر على الصوم لكبر لا يطيق معه الصوم أو لمرض لا يرجى برؤه منه لزمه أن يطعم ستين مسكينا للآية ، والواجب أن يدفع إلى كل مسكين مداً من الطعام ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه فى حديث الجماع فى شهر رمضان « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له : أطعم ستين مسكينا . قال لا أجد ، قال فأتى النبي صلى الله عليه وسلم بعرق من تمر فيه خمسة عشر صاعاً فقال خذه وتصدق به » وإذا ثبت هذا بالجماع بالخبر ثبت فى المظاهر بالقياس عليه

(الشرح) حديث أبى هريرة رضى الله عنه أصله فى الصحيحين بلفظين عن أبى هريرة ، ورواه أبو داود وفى إسناده رجل فيه مقال ، ورواه البيهقى وغيره مختصراً مرسلا ومتصلا ، وقد مضى الكلام عليه فى الصوم

أما الأحكام فإنه مما يتسق مع ما قلناه فى مقدمة كتاب العتق أن الشرع الحكيم جعل العتق هو الكفارة الاصلية ، وأن الصوم بدل من الكفارة اذا لم يجد الرقبة حتى لقد جعل الصوم يبطل فى قول المزنى وأبى حنيفة اذا وجد الرقبة التى يعتقها

كفارة . وجملة ما فى الفصل أنه اذا دخل فى الشهرين بالصوم ثم أيسر وقدر على الرقبة لم يجب عليه الانتقال الى الرقبة ، وبه قال مالك وأحمد

وقال أبو حنيفة والمزنى يلزمه الانتقال ، ودليل المذهب أنه وجد المبدل بعد شروعه فى البدل فلم يلزمه الانتقال اليه ، كما لو وجد الهدى بعد شروعه فى صوم السبع ، وقال الإمام الشافعى رضى الله عنه : ولو أعتق كان أفضل لأنه الاصل وليخرج بذلك من الخلاف

(قلت) ولأن فى ذلك نفعاً للآدمى بفك اساره من الرق كما أفاده المصنف .

(فرع) ولا يجزيه الصوم عن الكفارة حتى ينوى الصوم كل ليلة لقوله صلى الله عليه وسلم « لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل » فهذا عام فى كل صوم ، وقد وافقنا أبو حنيفة على ذلك . وهل يلزمه نية التتابع ؟ فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) يلزمه نية التتابع كل ليلة ، لأن التتابع واجب كالصوم ، فلما وجب عليه نية الصوم كل ليلة فكذلك نية التتابع

(والثانى) يلزمه التتابع أول ليلة من الشهر لأن الفرض تبيين هذا الصوم عن غيره بالتتابع ، وذلك يحصل بالنية أول ليلة منه

(والثالث) لايجب عليه نية التتابع وهو الاصح ، لأن التتابع شرط فى العبادة وعلى الإنسان أن ينوى فعل العبادة دون نية شروطها ، كما قال العمرانى فى الصلاة أن ينوى فعل الصلاة دون نية شرطها .

(مسألة) قوله : وان لم يقدر على الصوم لكبر الخ ، فجملة ذلك أنه اذا عجز لعلة تلحقه من الجوع والظمأ وكان قادراً على الإطعام لزمه الانتقال الى الإطعام لقوله تعالى « فمن لم يستطع فإطعام ستين مسكيناً » ولما ذكرناه من حديث أوس بن الصامت وسلمة بن صخر .

اذا ثبت هذا فعليه أن يطعم ستين مسكيناً ، كل مسكين مداً من طعام ، ولا يجزئ أن ينقص من عدد المساكين ولا من ستين مداً ، وبه قال أحمد ؛ وقال أبو حنيفة : ان أعطى الطعام كله مسكيناً واحداً فى ستين يوماً جاز . دليلنا قوله تعالى « فإطعام ستين مسكيناً » وقوله « اطعام » مصدر يتعدى بأن والفعل ، وهذا

وهذا لا يجيز الاقتصار على دون الستين ، ولأنه مسكين استوفى قوت يوم من كفارة ، فإذا دفع اليه غيره منها لم يجزه ، كما لو دفع اليه فى يوم واحد

(فرع) ويجب أن يدفع الى كل مسكين مداً فى جميع الكفارات إلا كفارة الأذى فإنه يدفع اليه مدين سواء كفر بالتمر أو الزبيب أو البر أو الشعير أو الذرة وبه قال ابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وأبو هريرة والاوزاعى . وقال أبوحنيفة : إن كفر بالتمر أو الشعير لزمه لكل مسكين صاع ، والصاع أربعة أمداد والمد عنده رطلان . وإن كفر بالبر لزمه لكل مسكين نصف صاع ، وفى الزبيب عنه روايتان (إحداهما) أنه كالتمر والشعير (والثانى) أنه كالبر

وقال مالك فى كفارة اليمين والجماع فى رمضان كقولنا فى كفارة الظهار يطعم كل مسكين مداً بمد هشام ، وهو مد وثلث بمد النبي صلى الله عليه وسلم . وقيل بل هو مدان . وقال أحمد من البر مد ومن التمر والشعير مدان

دليلنا ما روى أبو هريرة أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم يضرب خده وينتف شعره ، فقال يا رسول الله هلكت ، قال وما أهلكك ؟ قال وقعت على امرأتى فى نهار رمضان . قال اعتق رقبة ، قال لا أجد ، قال صم شهرين متتابعين قال لا أستطيع ، قال أطعم ستين مسكيناً ، قال لا أستطيع ، ثم جلس فأتى النبى صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر قدر خمسة عشر صاعا فقال : تصدق بهذا ، فقال أعلى أفقر منا ؟ فما بين لابتيها أهل بيت أحوج اليه منا ، فضحك النبى صلى الله عليه وسلم ثم قال : اذهب أطعمه أهلك »

فإذا ثبت هذا فى المجامع فى رمضان قسنا سائر الكفارات عليها . فأما خبر سلمة بن صخر حيث أمره النبى صلى الله عليه وسلم بوسق من تمر من صدقة بنى زريق فمحمول على الجواز ، وأن ما زاد على خمسة عشر صاعا تطوع بدليل هذا الخبر .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿فصل﴾ ويجب ذلك من الحبوب والثمار التى تجب فيها الزكاة لأن الابدان بها تقوم ، ويجب من غالب قوت بلده . قال القاضى أبو عبيد بن حربويه : يجب

من غالب قوته ، لأن فى الزكاة الاعتبار بماله فكذلك ههنا ، والمذهب الأول لقوله تعالى « فإطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم » والاوسط الاعدل ، وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ، ويخالف الزكاة فإنها تجب من المال والكفارة تجب فى الذمة ، فإن عدل الى قوت بلد آخر ، فإن كان أجود من غالب قوت بلده الذى هو فيه جاز لأنه زاد خيراً ، فإن لم يكن أجود، فإن كان مما يجب فيه زكاة ففيه وجهان .

(أحدهما) يجزئه لأنه قوت تجب فيه الزكاة فأشبه قوت البلد

(والثانى) لا يجزئه وهو الصحيح لأنه دون قوت البلد ، فإن كان فى موضع قوتهم الاقط ففيه قولان (أحدهما) تجزئه لأنه مكيل مقتات فأشبه قوت البلد (والثانى) لا يجزئه لأنه يجب فيه الزكاة فلم يجزئه كاللحم ، وان كان لحماً أو سمكا أو جراداً ففيه طريقان ، من أصحابنا من قال فيه قولان كالاقط . ومنهم من قال لا يجزئه قولا واحداً ، ويخالف الاقط لأنه يدخله الصاع ، وإن كان فى موضع لا قوت فيه وجب من غالب قوت أقرب البلاد اليه

(فصل) ولا يجوز الدقيق والسويق والخبز ، ومن أصحابنا من قال يجزئه لأنه مهيأ للاقتيات مستغنى عن مؤنته ، وهذا فاسد ، لأنه ان كان قد هيأه لمنفعة فقد فوت فيه وجوهاً من المنافع ، ولا يجوز إخراج القيمة لانه أخذ ما يكفر به فلم يجز فيه القيمة كالعتق

(فصل) ولا يجوز أن يدفع الواجب إلى أقل من ستين مسكينا للآية والخبر فإن جمع ستين مسكينا وغداهم وعشاهم لما عليه من الطعام لم يجزه ، لأن ما وجب للفقراء بالشرع وجب فيه التمليك كالزكاة؛ ولأنهم يختلفون فى الاكل ولا يتحقق أن كل واحد منهم يتناول قدر حقه

وإن قال لهم ملكتكم هذا بينكم بالسوية ففيه وجهان (أحدهما) لا يجزئه . وهو قول أبى سعيد الاصطخرى لأنه يلزمهم مؤنة فى قسمته فلم يجزه ، كما لو سلم اليهم الطعام فى السنابل (والثانى) أنه يجزئه وهو الاظهر لانه سلم الى كل واحد منهم قدر حقه والمؤنة فى قسمته قليلة ، فلا يمنع الإجزاء

(الشرح) الأحكام : اختلف أصحابنا فى هل يلزمه أن يخرج من غالب قوته أو من غالب قوت البلد ؟ على وجهين . قال أبو عبيد بن حربويه يلزمه من غالب قوته وهو اختيار الشيخ أبى حامد ، لأن الزكاة زكاتان ، زكاة المال وزكاة النفس ، فلما كانت زكاة النفس يجب إخراجها من غالب قوت البلد لقوله تعالى « من أوسط ما تطعمون أهليكم » والأوسط الأعدل ، وأعدل ما يطعم أهله قوت البلد ، فإن عـدل عن قوته وقوت بلده إلى قوت بلد آخر ، فإن كان أعلى منها وجب عليه إخراجه ، بأن عدل عن الذرة والشعير إلى البر ، أو كان فى مصر وأخرج زبيباً أجزأه لأنه أعلى مما وجب عليه ؛ وإن كان دون ذلك بأن عدل عن البر إلى الذرة والشعير فهل يجزيه ؟ فيه قولان حكاهما الشيخ أبو حامد ، وحكاهما المصنف فى المهذب هنا وجهين .

(أحدهما) يجزئه لأنه قوت تجب فيه الزكاة

(والثانى) لا تجزئه وهو الأصح لأنه دون ماوجب عليه ، وإن أخرج من قوت لا تجب فيه الزكاة ـ فإن كان غير الأقط ـ لم يجزه ، وإن كان من الأقط ففيه وجهان كما قلنا فى زكاة الفطر ، وان كان فى بلد لاقوت لهم تجب فيه الزكاة وجب من قوت أقرب بلد اليه ، وهل يجزئه اخراج الخبز والدقيق والسويق ؟ فيه وجهان (أحدهما) يجزئه لأنه مهيأ للاقتيات (والثانى) لا يجزئه وهو الأصح لأنه قد فوت فيه وجوهاً من المنفعة . وان أخرج القيمة لم يجزه كما قلنا فى الزكاة وأكثر أهل المدن يقلدون من يجيز اخراج القيمة بيد أن الأولى عندنا والأقرب الى المذهب أن يشترى دقيقاً يخرجه منه ، وهو وجه صحيح عنـــدنا ، وان كان الأصح غيره كما تقدم .

(مسألة) قوله « ولا يجوز أن يدفع الواجب الى أقل من ستين مسكيناً الخ» فجملة ذلك أنه اذا دفع الى مائة وعشرين مسكينا ستين مداً لكل مسكين نصف مد لم يجزه ذلك . وقيل له اختر له منهم ستين مسكيناً وادفع الى كل واحد منهم نصف مد ، لأنه لا يجوز أن يدفع الى كل واحد منهم أقل من مد ، فإن دفع الى ستين مسكيناً ستين مداً الى كل واحد منهم مداً دفعة واحدة أو فى أوقات متفرقة أجزأه لقوله تعالى « فإطعام ستين مسكينا » فعم ولم يخصص .

وان دفع الى ثلاثين مسكينا ستين مداً الى كل واحد مدين لم يجزه الا ثلاثون لأنه لم يطعم ستين مسكيناً ، وعليه أن يطعم ثلاثين مسكيناً ثلاثين مداً أخرى لكل واحد مد ؛ وهل له أن يرجع على كل واحد من الثلاثين بما زاد على المد ؟ ينظر فيه فإن بين أن ذلك عن كفارة واحدة كان له أن يرجع به ، لأن ما زاد على المدعى الكفارة لا يجزىء دفعه الى واحد ، وان أطلق لم يرجع لأن الظاهر أن ذلك تطوع وقد لزم بالقبض .

وان وجب عليه كفارتان من جنس أو جنسين ، فدفع الى كل مسكين مدين أجزأه لانه لم يدفع اليه عن كل كفارة أكثر من مد ، ويجوز الدفع الى الكبار من المساكين والى الصغار منهم لقوله تعالى « فإطعام ستين مسكينا » ولم يفرق ولكن يدفع مال الصغير الى وليه ، فإن دفع الى الصغير لم يجزه لانه ليس من أهل القبض ، ولهذا لو كان له عليه دين فأقبضه اياه لم يبرأ بذلك

(فرع) والدفع المبرىء له هو أن يدفع الى كل مسكين مداً ويقول خذه أو كُلْه أو ألحقه لك

وان قدم ستين مداً الى ستين مسكينا وقال خذوا أو كلوا أو أبحته لكم لم يجزه ذلك ، لان عليه أن يوصل الى كل واحد منهم مداً ، وهذا لم يفعل ذلك . وان قال ملكتكم هذا بينكم بالسوية أو قبّضتكم اياه فقبضوه ففيه وجهان ، قال أبو سعيد الاصطخرى لا يجزيه لان عليهم مشقة فى القسمة فلم يجزه ، كما لو دفع اليهم الطعام فى سنابله .

وقال أبو اسحاق يجزيه . وهو الاصح . لانه قد ملكهم اياه ، ولا يلحقهم فى قسمته كبير مشقة ، ويمكن كل واحد منهم بيع نصيبه مشاعا ، فإن جمع ستين مسكيناً وغداهم وعشاهم لم يجزه لاختلاف كل منهم عن الآخر فى القدر الذى تناوله من الطعام وتعاطاه . وقال أبو حنيفة يجزيه . دليلنا أن الواجب عليه دفع الحب وهذا لم يدفع الحب ، ولأنه لا يتحقق أن كل واحد منهم أكل قدر حقه وهو يشك فى أسقاط الفرض عن ذمته والاصل بقاؤه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) ولا يجوز أن يدفع الى مكاتب لأنها تجب لأهل الحاجة والمكاتب

مستغن بكسبه إن كان له كسب ، أو بأن يفسخ الكتابة ويرجع إلى مولاه إن لم يكن له كسب ، ولا يجوز أن يدفع الى كافر لأنها كفارة فلا يجوز صرفها إلى كافر كالعتق ، ولا يجوز دفعها الى من تلزمه نفقته من زوجة أو والد أو ولد ، لأنه مستغن بالنفقة ، فإن دفع بعض ما عليه من الطعام ثم قدر على الصيام لم يلزمه الانتقال الى الصوم ، كما لا يلزمه الانتقال إلى العتق اذا وجد الرقبة فى أثناء الصوم والأفضل أن ينتقل اليه لأنه أصل

(فصل) ولا يجوز أن يكفر عن الظهار قبل أن يظاهر ، لأنه حق يتعلق بسببين فلا يجوز تقديمه عليهما كالزكاة قبل أن يملك النصاب ، ويجوز أن يكفر بالمال بعد الظهار وقبل العود لأنه حق مال يتعلق بسببين ، فإذا وجد أحدهما جاز تقديمه على الآخر كالزكاة قبل الحول ، وكفارة اليمين قبل الحنث

(فصل) ولا يجوز شىء من الكفارات الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم « انما الأعمال بالنيات ولكل امرىء ما نوى » ولأنه حق يجب على سبيل الطهرة فافتقر الى النية كالزكاة ، ولا يلزمه فى النية تعيين سبب الكفارة ، كما لا يلزمه فى الزكاة تعيين المال الذى يزكيه . فإن كفر بالصوم لزمه أن ينوى كل ليلة أنه صائم غداً عن الكفارة . وهل يلزمه نية التتابع ؟ فيه ثلاثة أوجه

(أحدها) يلزمه أن ينوى كل ليلة ، لأن التتابع واجب فلزمه نيته كالصوم.

(والثانى) يلزمه أن ينوى ذلك فى أوله لأنه يتميز بذلك عن غيره

(والثالث) وهو الصحيح أنه لا تلزمه نية التتابع ، لأن العبادة هى الصوم ، والتتابع شرط فى العبادة فلم تجب نيته فى أداء العبادة ، كالطهارة وستر العورة لا يلزمه نيتهما فى الصلاة .

(فصل) وان كان المظاهر كافراً كفر بالعتق أو الطعام لأنه يصح منه العتق والإطعام فى غير الكفارة فصح منه فى الكفارة ، ولا يكفر بالصوم لأنه لا يصح منه الصوم فى غير الكفارة فلا يصح منه فى الكفارة ، فإن كان المظاهر عبداً فقد ذكرناه فى باب المأذون فأغنى عن الإعادة ، وبالله التوفيق

(الشرح) حديث انما الأعمال بالنيات قال فيه الحافظ بن حجر حديث عزيز وقال فيه الشافعى انه نصف الدين . قلت : ولهذا زعم بعض المشتغلين بالفتيا

والدعوة والإرشاد من الأزهريين انه متواتر وصححنا لهم هذا الفهم بما كتبناه في مجلة الأزهر فى حينه . لأن الحديث آحادى من طرفه الأول ، اذ لم يروه من الصحابة الا عمر ، ومع أن عمر خطب به على المنبر فإنه لم يروه عنه سوى علقمة ابن وقاص الليثى ، ولم يروه عن علقمة سوى محمد بن ابراهيم التيمى ، ولم يروه عن التيمى سوى يحيى بن سعيد الأنصارى . وفى هذا الإسناد نكتة قلما تتوفر لغيره من الاحاديث ، وهى أن كلا من علقمة الليثى والتيمى والانصارى تابعيون متعاصرون أقران ، ولم يشترك اثنان منهما فى سماع الحديث من الثالث أو من عمر

أما الاحكام فإنه لا يجوز دفع الكفارة الى عبد ولا كافر ولا الى من يلزمه نفقته لما ذكره النووى فى كتاب الزكاة ، ولا يجوز دفعها الى مكاتب . وان جاز دفع الزكاة اليه ، لأن القصد بالكفارة المواساة المحضة ، والمكاتب مستغن عن ذلك ، لأنه ان كان له كسب فنفقته فى كسبه . وان لم يكن له كسب فيمكنه أن يعجز نفسه وتكون نفقته على السيد

(فرع) وان أطعم بعض المساكين ثم قدر على الصيام لم يلزمه الصيام كما قلنا فيمن قدر على العتق بعد الشروع فى الصيام . وان وطئها فى خلال الإطعام أثم بذلك ولا يلزمه الاستئناف

وقال مالك يلزمه . دليلنا أن الوطء لا يبطل ما فعله من الإطعام فلم يلزمه الاستئناف كما لو وطىء غيرها

(فرع) ولا يجزيه الإطعام الا بالنية لقوله صلى الله عليه وسلم « انما الاعمال بالنيات وانما لكل امرىء ما نوى » متفق عليه . وهل يجب أن تكون النية مقارنة للدفع ؟ أم يجوز تقديمها على الدفع ؟ فيه وجهان مضى ذكرهما فى الزكاة وأما التتابع فقد مضى كلامنا فى نيته فى هذا الباب قبل هذه الفصول بقليل

(فوائد) لو أن المظاهر أدى الكفارة بإطعام المساكين فأحضرهم وأطعم كل واحد مداً لم يجزئه ذلك الا أن يملكه اياه . هذا هو مذهبنا وبه قال أحمد فى احدى روايتيه . والأخرى أنه يجزئه اذا أطعمهم القدر الواجب لهم . وهو قول النخعى وأبى حنيفة . وأطعم أنس فى فدية الصيام . قال أحمد أطعم شيئا كثيراً وصنع الجفان . وذكر حديث حماد بن سلمة عن ثابت عن أنس . وذلك لقول

الله تعالى « فإطعام ستين مسكيناً » وهذا قد أطعمهم فينبغى أن يجزئه ، ولأنه أطعم المساكين فأجزأه كما لو ملكهم

ولنا أن المنقول عن الصحابة إعطاؤهم ، ولأنه مال وجب للفقراء شرعاً فوجب تمليكهم إياه كالزكاة

قلنا : إنه لا يجب التتابع فى الإطعام وبه قال أحمد ، فلو أطعم واحد اليوم والثانى بعد يومين والثالث بعد كذا حتى يستكمل الستين صح . وذلك لأن الله تعالى لم يشترط التتابع فيه كما قاله فى الصوم . ولو وطىء فى أثناء الإطعام لم تلزمه إعادة ما مضى منه ، وبه قال أبو حنيفة والشافعى وأحمد . وقال مالك : يستأنف لأنه وطىء فى أثناء كفارة الظهار فوجب الاستئناف كالصيام . دليلنا انه وطء فى أثناء ما لا يشترط التتابع فيه فلم يوجب الاستئناف كوطء غير المظاهر منها أو كالوطء فى كفارة اليمين ، وبهذا فارق الظهار

إذا أعطى مسكيناً مدين من كفارتين فى يوم واحد أجزأه وهو إحـــدى الروايتين عن أحمد والاخرى لايجزئه ، وهو قول أبى حنيفة لأنه استوفى قوت يوم من كفارة فلم يجزئه الدفع اليه ثانيا فى يومه كما لو دفعهما اليه من كفارة واحدة والقيمة فى الكفارة لا تجزىء عندنا ولا عند أحمد ونظراً لأن الشارع الحكيم شرع الدين للسواد من الناس وأكثر الناس أهل قرى وبادية وأقلهم يسكنون المدائن لذلك كان الحب هو المشروع ، ويجوز إخراج الدقيق على قول صحيح والاصح الحب ، وإذا كان أهل المدائن أنفع لهم أن يعطوا الدقيق كان الدقيق أولى لأنه بالنسبة لهم هو حال الكمال وتيسير المنفعة . أما أهل القرى فحال الكمال وتيسير المنفعة لهم هو الحب فلا يعطوا الدقيق . والله أعلم

قال المصنف رحمه الله تعالى :

كتاب اللعان

إذا علم الزوج أن امرأته زنت — فإن رآها بعينه وهى تزنى ولم يكن نسب يلحقه — فله أن يقذفها ، وله أن يسكت لما روى علقمة عن عبد الله « أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله إنّ رجل وجد مع امرأته رجلا ان تكلم جلدتموه أو قتل قتلتموه أو سكت سكت على غيظ ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم اللهم افتح ، وجعل يدعو فنزلت آية اللعان « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم . الآية » فذكر أنه يتكلم أو يسكت ولم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم كلامه ولا سكوته .

وان أقرت عنده بالزنا فوقع فى نفسه صدقها أو أخبره بذلك ثقة أو استفاض أن رجلا يزنى بها ثم رأى الرجل يخرج من عندها فى أوقات الريب فله أن يقذفها وله أن يسكت ، لأن الظاهر أنها زنت فجاز له القذف والسكوت .

وأما اذا رأى رجلا يخرج من عندها ولم يستفض أنه يزنى بها لم يجز أن يقذفها ، لأنه يجوز أن يكون قد دخل اليها هارباً أو سارقاً ، أو دخل ليراودها عن نفسها ولم تمكنه ، فلا يجوز قذفها بالشك . وان استفاض أن رجلا يزنى بها ولم يجده عندها ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز قذفها لأنه يحتمل أن يكون عدو قد أشاع ذلك عليهما

(والثانى) يجوز . لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة . ولأن الاستفاضة تثبت القسامة فى القتل فثبت بها جواز القذف

(الشرح) قصة الملاعن التى ساقها المصنف هنا رويت من طرق وبأسانيد مختلفة . منها مارواه الشيخان وأحمد فى مسنده عن سعيد بن جبير أنه قال لعبدالله ابن عمر « يا أبا عبد الرحمن المتلاعنان أيفرق بينهما ؟ قال سبحان الله . نعم . ان أول من سأل عن ذلك فلان بن فلان . قال يا رسول الله أرأيت لو وجد أحدنا امرأته على فاحشة كيف يصنع ؟ ان تكلم تكلم بأمر عظيم وان سكت سكت

على مثل ذلك . قال فسكت النبي صلى الله عليه وسلم فلم يجبه ، فلما كان بعد ذلك أتاه فقال : إن الذى سألتك عنه ابتليت به ، فأنزل الله عز وجل هؤلاء الآيات فى سورة النور « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء » فتلاهن عليه ووعظه وذكره وأخبره أن عذاب الدنيا أهون من عـــذاب الآخرة فقال لا والذى بعثك بالحق ما كذبت عليها ، ثم دعاها فوعظها وأخبرها أن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة فقالت : لا والذى بعثك بالحق انه لكاذب فبدأ الرجل فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم ثنى بالمرأة فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين والخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ثم فرق بينهما »

وعند الشيخين وأحمد وأصحاب السنن إلا الترمذى عن سهل بن سعد « أن عويمر العجلانى أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا أيقتله فيقتلونه ، أم كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد نزل فيك وفى صاحبتك فاذهب فائت بها ، قال سهل : فتلاعنا ، وأنا مع الناس عند رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فلما فرغ قال عويمر كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها ، فطلقها ثلاثاً قبل أن يأمره رسول الله قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين »

وفى رواية عند الشيخين وأحمد « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين » وفى لفظ لأحمد ومسلم « وكان فراقه إياها سنة فى المتلاعنين »

أما اللغات فاللعان مصدر لاعن يلاعن لعاناً وملاعنة ، كقاتل يقاتل قتالا ومقاتلة ، أى لعن كل واحد الآخر ، ولاعن الرجل زوجته قذفها بالفجور . وقال ابن دريد كلمة إسلامية فى لغة فصيحة . وقال فى الفتح : اللعان مأخوذ من اللعن ، لأن الملاعن يقول فى الخامســة : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . واختير لفظ اللعن دون الغضب فى التسمية لأنه قول الرجل ، وهو الذى بدىء به فى الآية ، وهو أيضاً يبدأ به

وقيل سمى لعاناً لأن اللعن الطرد والإبعاد وهو مشترك بينهما ، وإنما خصت المرأة بلفظ الغضب لعظم الذنب بالنسبة اليها

قوله « واستفاض » أى شاع . قوله « فى أوقات الريب » أى الشك فى سبب دخوله لماذا دخل اليها .

وقد اختلف العلماء فيمن وجد مع امرأته رجلا وتحقق وجود الفاحشة منهما فقتله ، هل يقتل به أم لا ؟ فمنع الجمهور الإقدام ، وقالوا يقتص منه إلا أن يأتى ببينة الزنا ، أو يعترف المقتول بذلك بشرط أن يكون محصناً . وقيل بل يقتل به لأنه ليس له أن يقيم الحد بغير اذن الامام .

وقال بعض السلف : لا يقتل أصلا ، ويُعْذَرُ فيما فعله اذا ظهرت أمارات صدقه . وشرط أحمد واسحاق ومن تبعهما أن يأتى بشاهدين أنه قتله بسبب ذلك ووافقهم ابن القاسم وابن حبيب من المالكية ، لكن زاد أن يكون المقتول قد أحصن . وعند الامام الهادى من العترة أنه يجوز للرجل أن يقتل من وجده مع زوجته وأمته وولده حال الفعل ، وأما بعده فيقاد به ان كان بكراً . ولنعد الى ما فى الفصل .

قال فى البيان . اللعان مشتق من اللعن وهو الطرد والابعاد فسمى المتلاعنان بذلك لأن فى الخامسة اللعنة . ولما يتعقب من المأثم والطرد ، لأنه لابد أن يكون أحدهما كاذباً فيكون ملعوناً اه

إذا ثبت هذا فإن رأى الرجل امرأته تزنى أو أقرت عنده بالزنا أو أخبره بذلك ثقة واستفاض فى الناس أن رجلا زنا بها ثم وجده عندها ولم يكن هناك نسب يلحقه من هذا الزنا فله أن يقذفها بالزنا ، لأنه إذا رآها فقد تحقق زناها . وإذا أقرت عنده أو أخبره ثقة أو استفاض فى الناس ووجد الرجل عندها غلب على ظنه زناها فجاز له قذفها . ولا يجب عليه قذفها لما روى أن رجلا قال « يارسول الله إن امرأتى لا ترد يد لامس » تعريضاً منه بزناها . فقال النبى (ص) طلقها . فقال إنى أحبها . فقال أمسكها .

وللأحاديث التى سقناها فى صدر هذا البحث إذ أذن النبى صلى الله عليه وسلم للملاعن أن يتكلم أو يسكت حيث لم ينكر عليه أيهما. فأما إذا لم يظهر على المرأة الزنا ببينة ولا سبب حرم عليه قذفها لقوله تعالى « إن الذين جاءوا بالافك عصبة منكم — إلى قوله تعالى — سبحانك هذا بهتان عظيم» ولقوله صلى الله عليه وسلم

« من قذف محصنة أحبط الله عمله ثمانين عاماً » وإن أخبره بزناها من لا يثق بقوله حرم عليه قذفها ؛ لأنه لا يغلب على الظن إلا قول الثقة ، وإن وجد عندها رجلا ولم يستفض فى الناس أنه زنا بها حرم عليه قذفها لجواز أن يكون دخل اليها هارباً أو لحاجة أو لطلب الزنا ولم تجبه ، فلا يجوز قذفها بأمر محتمل

وإن استفاض فى الناس أن فلاناً زنى بها ولم يجده عندها فهل يجوز له أن يقذفها ؟ فيه وجهان حكاهما المصنف (أحدهما) يجوز له قذفها لأن الاستفاضة أقوى من خبر الثقة ؛ والقسامة تثبت بالاستفاضة فيثبت بها جواز القذف . (والثانى) لا يجوز له قذفها ، ولم يذكر فى التعليق والشامل غيره لجواز أن يكون أشاع ذلك عدو لها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ ومن قذف امرأته بزنا يوجب الحد أو تعزير القذف ، فطولب بالحد أو بالتعزير فله أن يسقط ذلك بالبينة ، لقوله عز وجل « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » فدل على أنه إذا أتى بأربعة شهداء لم يجلد . ويجوز أن يسقط باللعان ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء فقال النبى صلى الله عليه وسلم : البينة أو الحد فى ظهرك ، فقال يا رسول الله إذا رأى أحدنا رجلا على امرأته يلتمس البينة؟ فجعل النبي صلى الله عليه وسلم يقول : البينة وإلا حد فى ظهرك . فقال هلال : والذى بعثك بالحق إنى لصادق ، ولينزلن الله عز وجل فى أمرى ما يبرىء ظهرى من الحد ، فنزلت : والذين يرمون أزواجهم » ولأن الزوج يبتلى بقذف امرأته لنفى العار والنسب الفاسد ، ويتعذر عليه إقامة البينة فجعل اللعان بينة له ، ولهذا لما نزلت آية اللعان قال النبى صلى الله عليه وسلم « أبشر يا هلال ، فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا . قال هلال قد كنت أرجو ذلك من ربى عز وجل »

فإن قدر على البينة ولاعن جاز لأنهما بينتان فى اثبات حق ، فجاز إقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الاخرى ، كالرجلين ، والرجل والمرأتين فى المال .

وان كان هناك نسب يحتاج الى نفيه لم ينتف بالبينة ، ولا ينتفى الا باللعان، لأن الشهود لاسبيل لهم الى العلم بنفى النسب . وان أراد أن يثبت الزنا بالبينة ثم يلاعن لنفى النسب جاز ، وان أراد أن يلاعن ويثبت الزنا وينفى النسب باللعان جاز .

(الشرح) حديث ابن عباس أخرجه احمد والبخارى وابو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى ولفظه « أن هلال بن أمية قذف امرأته عند النبى (ص) بشريك بن سحماء ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم البينة أو حد فى ظهرك . فقال يا رسول الله اذا رأى أحدنا على امرأته رجلا ينطلق يلتمس البينة ؟ فجعل النبى صلى الله عليه وسلم يقول البينة والا حد فى ظهرك ، فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق ، ولينزلن الله ما يبرىء ظهرى من الحد ، فنزل جبريل وأنزل الله عليه (والذين يرمون أزواجهم) فقرأ حتى بلغ (ان كان من الصادقين) فانصرف النبى صلى الله عليه وسلم فأرسل اليهما فجاء هلال فشهدوا النبى (ص) يقول ان الله يعلم أن أحدكما كاذب ، فهل منكما تائب؟ ثم قامت فشهدت، فلما كان عند الخامسة وقفوها فقالوا انها موجبة فتلكأت ونكصت حتى ظننا أنها ترجع ثم قالت لا أفضح قومى سائر اليوم فمضت،فقال النبى صلى الله عليه وسلم انظروها فإن جاءت به أكحل العينين سابغ الاليتين خدلج الساقين فهو لشريك بن سحماء فجاءت به كذلك ؛ فقال النبى صلى الله عليه وسلم لولا ما مضى من كتاب الله لكان لى ولها شأن »

قوله « البينة أو حد فى ظهرك » فيه دليل على أن الزوج اذا قذف امرأته بالزنا وعجز عن اقامة البينة وجب عليه حد القاذف . واذا وقع اللعان سقط وهو قول الجمهور . وذهب أبو حنيفة وأصحابه الى أن اللازم بقذف الزوج انما هو اللعان فقط ، ولا يلزمه الحد ، والحديث وما فى معناه حجة عليه

قوله فنزلت « والذين يرمون أزواجهم » فيه التصريح بأن الآية نزلت فى شأن هلال . وقد تقدم الخلاف فى ذلك . وفى الحديث مشروعية تقديم الوعظ للزوجين قبل اللعان

وقد أخرج هذا الحديث احمد ومسلم والنسائى عن أنس بلفظ « ان هلال بن

أمية قذف امرأته بشريك بن سحماء وكان أخاً لبراء بن مالك لأمه ، وكان أول رجل لاعن فى الإسلام . قال فتلاعنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : أبصروها فإن جاءت به أبيض سبطاً قضيء العينين فهو لهلال بن أمية ، وإن جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين فهو لشريك بن سحماء . قال فأنبئت أنها جاءت به أكحل جعداً حمش الساقين »

وفى رواية أن أول لعان كان فى الإسلام أن هلال بن أمية قذف شريك بن السحماء بامرأته ، فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فأخبره بذلك ، فقال النبى (ص) أربعة شهداء وإلا حد فى ظهرك ، يردد ذلك عليه مراراً ، فقال له هلال : والله يا رسول الله إن الله ليعلم انى لصادق ولينزلن الله عليك مايبرىء ظهرى من الحد فبينما هم كذلك إذ نزلت عليه آية اللعان (والذين يرمون أزواجهم) إلى آخر الآية وذكر الحديث . رواه النسائى ورجاله رجال الصحيح

وقوله « قضيء العينين » بفتح فكسر بعدها همزة على وزن حذر ، وهوفاسد العينين ، والجعد خلاف السبط ويسميه عوام المصريين (أكرت)

قوله « حمش الساقين» أى دقيق الساقين . ورواه أحمد وابو داود مطولا وفى إسناده عباد بن منصور وقد تكلم فيه غير واحد . وقيل فيه إنه كان قدرياً داعية

أما الاحكام فإنه إذا قذف الرجل رجلا محصناً أو امرأة أجنبية منه محصنة وجب عليه حد القذف وحكم بفسقه وردت شهادته .

فإن أقام القاذف بينة على زنا المقذوف سقط عنه الحد وزال التفسيق وقبلت شهادته ووجب على المقذوف حد الزنا لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة » الآية

وإن قذف الرجل امرأته وجب عليه حد القذف إن كانت محصنة ، والتعزير إن كانت غير محصنة وحكم بفسقه ، فإن طولب بالحد أو التعزير فله أن يسقط ذلك عن نفسه بإقامة البينة على الزنا؛وله ان يسقط ذلك باللعان ، فإن لاعن والا أقيم عليه الحد أو التعزير . هذا مذهبنا وبه قال مالك واحمد . وقال ابو حنيفة : إذا قذف الرجل امرأته لم يجب عليه الحد بقذفهاوإنما يجب عليه اللعان فإن لاعن وإلا حبس حتى يلاعن .

دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء » الآية . وهذا عام فى الازواج وغير الازواج ، فأخبر الازواج بأن لعانهم يقوم مقام شهادة أربعة غيرهم بقوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم » الآية .

وحديث ابن عباس الذى ساقه المصنف فى الفصل فى قصة هلال بن أمية حين قذف امرأته بشريك بن السحماء ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « البينة أو حد فى ظهرك » فقال والذى بعثك بالحق انى لصادق ولينزلن الله فى امرى ما يبرىء ظهرى من الحد ؛ فأنزل الله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) الآية ؛ فدعاه النبي صلى الله عليه وسلم وقال « أبشر يا هلال قد جعل الله لك فرجا ومخرجا » فقال قد كنت أرجو ذلك من ربى

وحديث عويمر العجلانى الذى مضى فى اول هذا البحث وفيه : قد انزل الله فيك وفى صاحبتك اذهب فأت بها ، فأتى بها فتلاعنا . فيكون المعنى قد انزل الله فيك وفى صاحبتك ، اى ما انزل فى هلال بن امية وامرأته لأنها عامة ، ويجوز ان تكون الآية نزلت فى الجميع ؛ والمشهور هو الأول ، وإنما خص الأزواج باللعان بقذف الزوجات ، لأن الاجنبي لا حاجة به الى القذف فغلظ عليه ولم يقبل منه فى اسقاط الحد عنه الا بالبينة . واذا زنت الزوجة فقد أفسدت على الزوج فراشه وخانته فيما ائتمنها عليه ، وألحقته من الغيظ مالا يلحق الأجنبى ، وربما ألحقت به نسباً ليس منه ، فاحتاج الى قذفها لنفى ذلك النسب عنه ، فخفف عنه بأن جعل لعانه يقوم مقام شهادة أربعة . وان قدر الزوج على البينة واللعان فله أن يسقط الحد عن نفسه بأيهما شاء . وقال بعض الناس ليس له ان يلاعن . دليلنا انهما بينتان فى اثبات حق فجاز له اقامة كل واحدة منهما مع القدرة على الاخرى ، كالرجلين فى الشهادة فى المال والرجل والمرأتين

(فرع) وسواء قال الزوج رأيتها تزنى أو قذفتها بزنى ولم يضف ذلك الى رؤيته فله ان يلاعن لإسقاط الحد عنه . وبه قال ابوحنيفة . وقال مالك ليس له أن يلاعن الا اذا قال رأيتها تزنى ، لأن آية اللعان نزلت فى هلال بن امية وكان

قال رأيت بعيني وسمعت بأذني . دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم» الآية . ولم يفرق بين أن يقول رأيت بعيني أو أطلق ولأنه معنى يخرج به من القذف المضاف إلى المشاهـــدة ، فصح الخروج به من القذف المطلق كالبينة

(فرع) وإن كان هنـاك ولد يريد نفيه لم ينتف بالبينة وإنما ينتفى باللعان ، لأن الشهود لا سبيل لهم إلى ذلك . وإن أراد أن يثبت الزنا بالبينة ويلاعن لنفى النسب أو يلاعن لهما جاز له ذلك .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن عفت الزوجة عن الحد أو التعزير — ولم يكن نسب — لم يلاعن ، ومن أصحابنا من قال له أن يلاعن لقطع الفراش ، والمـذهب الأول ، لأن المقصود باللعان درء العقوبة الواجبة بالقذف ونفى النسب لما يلحقه من الضرر بكل واحد منهما ، وليس ههنا واحد منهما ، وأما قطع الفراش فإنه غير مقصود ويحصل له ذلك بالطلاق فلا يلاعن لأجله

وإن لم تعف الزوجة عن الحد أو التعزير ولم تطالب به فقد روى المزنى أنه ليس عليه أن يلاعن حتى تطلب المقذوفة حدها .

وروى فيمن قذف امرأته ثم جنت أنه إذا التعن سقط الحد ، فمن أصحابنا من قال لا يلاعن لأنه لا حاجة به إلى اللعان قبل الطلب . وقال ابو إسحاق : له أن يلاعن لأن الحـد قد وجب عليه فجاز أن يسقطه من غير طلب ، كما يجوز أن يقضى الدين المؤجل قبل الطلب . وقوله : ليس عليه أن يلتعن ، لا يمنع الجواز وإنما يمنع الوجوب

﴿ فصل ﴾ وإن كانت الزوجة أمة أو ذمية أو صغيرة يوطأ مثلها فقذفها عزر وله أن يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير قذف ؛ وإن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها فقذفها عزر ولا يلاعن لدرء التعزير ، لأنه ليس بتعزير قذف ؛ وإنما هو تعزير على الكذب لحق الله تعالى .

وإن قذف زوجته ولم يلاعن لحد فى قذفها ثم قذفها بالزنا الذى رماها به عزر

ولا يلاعن لدرء التعزير لأنه تعزير لدفع الاذى ، لأنا قد حددناه للقذف ، فإن ثبت بالبينة أو بالإقرار أنها زانية ثم قذفها فقد روى المزنى انه لا يلاعن لدرء التعزير . وروى الربيع انه يلاعن لدرء التعزير .

واختلف أصحابنا فيه على طريقين ، فقال ابو اسحاق : المذهب ما رواه المزنى وما رواه الربيع من تخريجه لأن اللعان جعل لتحقيق الزنا وقد تحقق زناها بالإقرار أو البينة ، ولأن القصد باللعان إسقاط مايجب بالقذف ، والتعزير ههنا على الشتم لحق الله تعالى لا على القذف ، لأنه بالقذف لم يلحقها معرة . وقال ابو الحسن بن القطان وأبو القاسم الداركى : هى على قولين (أحدهما) لا يلاعن لما ذكرناه (والثانى) يلاعن لأنه اذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها ، فلأن يلاعن فيمن ثبت زناها أولى .

(الشرح) درء العقوبة دفعها وإزالتها ، وبابه نفع ، ودارأته دافعته ، وفى الحديث « ادرءوا الحدود بالشبهات » وفى الكتاب « ويدرءون بالحسنة السيئة » وقال تعالى (فادّارأتم فيها) أى تماريتم وتدافعتم ، والمدارأة بالهمز المدافعة . قال الشاعر بلسان ناقته :

تقول وقد درأت لها وضينى   أهــذا دينه أبداً ودينى ؟

أكل الدهر حل وارتحال ؟   فما تُبقى علىّ ولا تقينى

والمــداراة بغير همز الأخذ بالرفق أو المخاتلة . يقال داريته إذا لاينته ، ودرّيته إذا ختلته . ومنه :

فإن كنت لا أدرى الظباء فاننى   أدس لها تحت التراب الدواهيا

أما الأحكام فإن حد القذف حق للمقذوف ، فإن عفا عنه سقط وان مات قبل أن يستوفيه ورث عنه ، وقال أبو حنيفة : هو حق لله لا حق للمقذوف فيه ، فإن عفا عنه لم يسقط ، وان مات لم يورث عنه . ووافقنا أنه لا يستوفى الا بمطالبته . دليلنا قوله صلى الله عليه وسلم « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » فأضاف العرض الينا كإضافة الدم والمال ، فوجب أن يكون مافى مقابلته

للمقذوف كالدم والمال ، ولأنه حق على البدن إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع فكان للآدمى كالقصاص ، ففى قولنا إذا ثبت بالاعتراف لم يسقط بالرجوع ، احتراز من حد الزنا والخمر والقطع فى السرقة .

إذا ثبت هذا فقذف زوجته ثم عفت عما وجب لها من الحد أو التعزير ولم يكن هناك ولد لم يكن له أن يلاعن، لأنه يلاعن لإسقاط الحد عنه ، وقد سقط بالعفو. ومن أصحابنا من قال: له أن يلاعن لأنه يستفيد به قطع الفراش والفرقة المؤبدة . والمذهب الاول لأن الفرقة يمكنه إحداثها بالطلاق الثلاث . وان كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه ، وان لم تطالبه بالحد ولم تعف عنه ، فإن كان هناك نسب فله يلاعن لنفيه عنه ، وان لم يكن هناك نسب فليس له أن يلاعن . ومن أصحابنا من قال : له أن يلاعن لقطع الفراش ، والمذهب الاول ، لأنه انما يلاعن لنفى النسب أو لإسقاط الحد عنه ، وليس هناك أحدهما ، وقطع الفراش يمكنه بالطلاق الثلاث .

وجملة ما تقدم انه لا يتعرض له بإقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته بذلك ، فإن ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها ، وليس لوليها المطالبة عنها ان كانت مجنونة أو محجوراً عليها ، ولا لولى الصغيرة وسيد الامة المطالبة بالتعزير من أجلهما، لأن هذا حق ثبت للتشفى فلا يقوم غير المستحق فيه مقام المستحق كالقصاص فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فإن لم يكن هناك نسب يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن ، وكذلك كل موضع سقط فيه الحد ، مثل أن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفى فإنه لا يشرع اللعان ؛ وهذا قول أكثر اهل العلم ، ولا نعلم فيه مخالفا الا بعض أصحابنا الذين قالوا : له الملاعنة لإزالة الفراش ، ولكن الصحيح عندنا مثل قول سائر الفقهاء لأن ازالة الفراش تمكنه بالطلاق ، والتحريم المؤبد ليس بمقصود يشرع اللعان لأجله ، وانما حصل ذلك ضمناً . أفاده ابن قدامة فى المغنى

فإذا قذف امرأته ثم جنت ، أو قذفها فى حال جنونها بزنا أضافه الى حال الصحة ، فإنه لا يجب عليه الحد بذلك ، وانما يجب عليه التعزير ؛ وان أراد اولى

أن يطالب بما وجب لها من الحد أو التعزير لم يكن له ذلك ، لأن طريقة التشفي من القاذف بإقامة الحد عليه فلم يكن له ذلك كالقصاص ، فإن التعن الزوج منها فقد قال الشافعي رضي الله عنه : وقعت الفرقة

واختلف أصحابنا فيه على وجهين ، فمنهم من قال إن كانت حاملا فللزوج أن يلاعن لأن اللعان يحتاج اليه لنفي الولد عنه . وإن كانت حائلا لم يكن له أن يلاعن لأن اللعان يراد لاسقاط الحد أو لنفي الولد ولا ولد ههنا فتحتاج إلى نفيه ، ولا يجب عليه الحد إلا بمطالبتها ولا مطالبة لها قبل الافاقة ، فلم يكن له أن يلاعن . وقال أبو إسحاق المروزي : له أن يلاعن سواء كانت حاملا أو حائلا ، لأنها إن كانت حاملا احتاج إلى اللعان لنفي الولد ، وإن كانت حائلا احتـــاج الى اللعان لاسقاط الحد الواجب عليه في الظاهر كمن وجب عليه دين إلى أجل فله أن يدفعه قبل حلول الاجل ، والأول أصح لأن الشافعي قال : ليس على الزوج أن يلتعن حتى تطالب المقذوفة بحدها .

(مسألة) وإن قذف زوجته الصغيرة — فإن كانت لا يوطأ مثلها — كابنة سبع سنين يعلم يقيناً أنها لا توطأ وأنه كاذب ويجب عليه التعزير للكذب ، وليس له أن يلاعن لاسقاط هذا التعزير لأنا نتحقق كذبه فلا معنى للعان . قال الشيخ أبو حامد ولا يقام عليه التعزير إلا بعد بلوغها ، لأنه لا يصح مطالبتها ولا ينوب عنها الولي في المطالبة .

وإن كانت صغيرة يوطأ مثلها كابنة تسع سنين فما زاد صح قذفه ، لأن ما قاله يحتمل الصدق والكذب ، ولا يجب عليه الحد بقذفها لأنها ليست بمحصنة ، وإنما يجب عليها التعزير ، وهل للزوج أن يلاعن لاسقاط التعزير ؟ فيه وجهـان . من أصحابنا من قال ليس له أن يلاعن ، لأن اللعان يراد لنفي النسـب أو لاسقاط ما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها ، وذلك لا يجب قبل مطالبتها . وقال أبو إسحاق : له أن يلاعن لاسقاط ما وجب عليه من التعزير في الظاهر وإن لم تطالب به كما يجوز أن يقدم ما وجب عليه من الدين المؤجل قبل حلوله .

وإن كانت له زوجة كتابية فقذفها لم يجب عليه الحد لأنها ليست بمحصنة ، ويجب عليه التعزير ، وحكمه حكم الحد الذي يجب عليه بقذف المحصنة يسقط عنه

بإقامة البينة على زناها أو باللعان ، لأنه إذا سقط عنه الحد الكامل بذلك فلأن يسقط ما هو دونه بذلك أولى .

وإن كانت الزوجة أمة فقذفها لم يجب عليه الحد لأنها ليست بمحصنة ، ويجب عليه التعزير ، وليس للسيد أن يطالب به لأنه ليس بمال ولا له بدل هو مال ، وحق السيد إنما يتعلق بالمال أو بما بدله المال ، فإن طالبته الأمة به كان له أن يسقط ذلك بالبينة أو باللعان كما قلنا فى الحد الذى يجب عليه بقذف المحصنة . وإن عفت الامة عما وجب لها من التعزير سقط لأنه لا حق للسيد فيه

(مسألة) إذا قامت البينة على امرأة بالزنا أو أقرت بذلك ثم قذفها الزوج أو أجنبي بذلك الزنا أو بغيره لم يجب عليه حد القذف لقوله تعالى « والذين يرمون المحصنات » الآية . وهذه ليست بمحصنة ؛ ولأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب . فأما ما احتمل أحدهما فإنه لا يكون قذفاً ؛ ألا ترى أنه لو قذف الصغيرة التى لا يوطأ مثلها فى العادة . أو قال الناس كلهم زناة لم يكن قذفاً ولأن الحد إنما جعل دفعاً للعار عن نسب المقذوفة ، وهذه لا عار عليها بذلك القذف ، لأن زناها قد ثبت ويجب عليه التعزير لأنه أذاها وسبها وذلك محرم فعزر لأجله ؛ فإن كان المؤذى لها بذلك أجنبياً لم يسقط عنه ببينة ولا بغيرها ؛ لأن هذا تعزير أذى وليس بتعذير قذف . وإن كان المؤذى لها بذلك زوجها فهل له إسقاطه باللعان . نقل المزنى ليس له إسقاطه باللعان .

ونقل الربيع أن له إسقاطه باللعان ؛ فاختلف أصحابنا فى ذلك ،فقال ابو اسحاق الصحيح ما نقله المزنى ، وما نقله الربيع غلط ، لأن اللعان إنما يراد لتحقيق الزنا والزنا هنا متحقق فلا فائدة فى اللعان ؛ ولأن اللعان إنما أسقط حق المقذوفة ، وأما حق الله فلا يسقط ، وهذا التعزير لحق الله تعالى فلم يجز إسقاطه باللعان ، كما قلنا فيمن قذف صغيرة لا يوطأ مثلها

فإن قيل لو كان هذا التعزير لحق الله تعالى لما كان يفتقر الى مطالبتها ؛ كما لو قال ؛ الناس كلهم زناة ، فإن الامام يعزره من غير مطالبة . قلنا انما افتقر الى مطالبتها لأنه يتعلق بحق امرأة بعينها .

وقال أبو الحسين ابن القطان وابو القاسم الدارکی هی علی قولین

(أحدهما) لا يلاعن لما ذكرناه (والثانى) يلاعن ، لأنه إذا جاز أن يلاعن لدرء التعزير فيمن لم يثبت زناها فلأن يلاعن فيمن ثبت زناها أولى . ومنهم من قال ليست على قولين . وإنما هى على اختلاف حالين ، فالموضع الذى قال لا يلاعن إذا كان قد رماها بالزنا مضافاً إلى ما قبل الزوجية ، مثل ان رماها بالزنا وهما أجنبيان فأقام عليها البينة بذلك ثم تزوجها ورماها بذلك الزنا لانه كان فى الاصل لا يجوز له اللعان لأجله فكذلك فى الثانى ، والموضع الذى قال: له أن يلاعن إذا رماها بالزنا فى حال الزوجية ، فحققه عليها بالبينة ثم رماها به ثانياً فله أن يلاعن لأنه كان فى الأصل له إسقاط حده باللعان قبل البينة فكذلك بعد البينة

(فرع) وإن قذف امرأته بالزنا ولم يقم عليها البينة ولم يلاعن فحد ثم رماها بذلك الزنا فإنه لا يجب عليه الحد ، لأن القذف هو ما احتمل الصدق والكذب وهذا لا يحتمل إلا الكذب ، ولأن الحد إنما يراد لدفع العار عن نسب المقذوفة وقد دفع عنه العار بالحد الأول فلا معنى لإقامة الحد ثانياً ، ويجب عليه التعزير لأنه آذاها بذلك ، والأذى بذلك محرم ولا يلاعن لإسقاط هذا التعزير ، لأنه تعزير أذى فهو كالتعزير لأذى الصغيرة التى لا يوطأ مثلها

وإن قذف أجنبى أجنبية بالزنا ولم يقم البينة على الزنا فحد القاذف ثم رماها القاذف بذلك ثانياً فإنه لا يجب عليه الحد وإنما يجب عليه التعزير للأذى . وقال بعض الناس يجب عليه حد القذف

دليلنا ما روى أن أبا بكرة شهد هو ورجلان معه على المغيرة بن شعبة بالزنا فحدهم عمر رضى الله عنه ؛ ثم قال أبو بكرة للمغيرة: قد كنت زنيت ، فهمَّ عمر بجلده فقال له على رضى الله عنه : إن كنت تريد أن تحده فارجم صاحبك ، فأدرك عمر معنى قول علىّ عليه السلام : إن كنت تجعل هذا قذفا ثانياً فقد تمت الشهادة على المغيرة . وإن كان هو القذف الاول فقد حددته .

(فرع) قال ابن الصباغ فى الشامل: إذا قذف الرجل امرأته وثبت عليها الحد بلعانه نظرت — فإن لاعنته — فقد عارض لعانه لعانها فلا يثبت عليها الزنا ولا يجب عليها الحد ولا تزول حصانتها . ومتى قذفها هو أو غيره وجب عليه حد القذف . وإن قذفها ولاعنها ولم تلاعن هى فقد وجب عليها الحد ويسقط احصانها

فى حق الزوج ، وهل تسقط حصانتها فى حق الاجنبى ؟ فيه وجهان (أحدهما) تسقط حصانتها لأنه قد ثبت زناها بلعان الزوج فلا يسقط احصانها لأن اللعان حجة تختص بالزوج ، ولهذا لا يسقط عن الأجنبى حد القذف به فلا يسقط احصانها به فى حقه .

وذكر الشيخ أبو اسحاق أن الزوج اذا قذفها وتلاعنا ، ثم قذفها بذلك الزنا الذى تلاعنا عليه لم يجب عليه الحد . وان قذفها بزنا آخر ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجب عليه الحد ، لأن اللعان لا يسقط الا ما يجب بالقذف فى الزوجية لحاجته الى القذف . وقد زالت الزوجية فزالت الحاجة الى القذف . وان تلاعنا ثم قذفها أجنبى حد ؛ فكل موضع قلنا لا يجب على الزوج الحد بقذفها بعد الزوجية فإنه يجب عليه التعزير لأنه أذاها والاذى محرم ، ولا خلاف أنه لا يسقط هذا التعزير ولا الحد الذى يجب عليه اذا قذفها بزنا آخر باللعان ، لان اللعان انما يكون بين الزوجين وهما أجنبيان . هذا مذهبنا

وقال أبو حنيفة اذا قذفها أجنبى فإن كان الزوج لاعنها ونفى حملها وكان الولد حياً فعلى الاجنبى الحد ، وان كان لم ينف حملها ، أو نفاه وكان الولد ميتاً فإنه لا حد على الاجنبى .

دليلنا ماروى ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن بين هلال بن أمية وامرأته ففرق بينهما وقضى بأن لايدعى الولد لأب ، وأنها لا ترمى ولا ولدها فمن رماها أو ولدها فعليه الحد ولم يفرق

وهذا حجة لما قال ابن الصباغ فإنها أجابته باللعان

وقال صلى الله عليه وسلم « فمن رماها أو ولدها فعليه الحد » ولم يفرق بين الزوج وغيره . والله تعالى أعلم بالصواب

قال المصنف رحمه الله تعالى :

باب ما يلحق من النسب وما لا يلحق

وما يجوز نفيــه باللعان وما لا يجوز

إذا تزوج امرأة وهو ممن يولد لمثله ، وأمكن اجتماعهما على الوطء ، وأتت بولد لمدة يمكن أن يكون الحمل فيها لحقه فى الظاهر لقوله صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » ولأن مع وجود هـذه الشروط يمكن أن يكون الولد منه ، وليس ههنا ما يعارضه ولا ما يسقطه ، فوجب أن يلحق به

﴿ فصل ﴾ وإن كان الزوج صغيراً لا يولد لمثله لم يلحقه ، لأنه لا يمكن أن يكون منه وينتفى عنه من غير لعان ، لأن اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق ما يجوز أن يكون ، ويجوز أن لا يكون فيتحقق باليمين أحد الجائزين ، وههنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج فى نفيه إلى اللعان .

واختلف أصحابنا فى السن التى يجوز أن يولد له ، فمنهم من قال يجوز أن يولد له بعد عشر سنين ، ولا يجوز أن يولد له قبل ذلك ، وهو ظاهر النص . والدليل عليه قوله صلى الله عليه وسلم « مروهم بالصلاة وهم أبناء سبع ، واضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع »

ومنهم من قال يجوز أن يولد له بعد تسع سنين ولا يجوز أن يولد له قبله ، لأن المرأة تحيض لتسع سنين فجاز أن يحتلم الغلام لتسع ، وما قاله الشافعى رحمه الله أراد على سبيل التقريب لأنه لا بد أن يمضى بعد التسع إمكان الوطء وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر ، وذلك قريب من العشرة

وإن كان الزوج مجبوباً فقد روى المزنى أن له أن يلاعن ، وروى الربيع أنه ينتفى من غير لعان . واختلف أصحابنا فيه فقال أبو إسحاق إن كان مقطوع الذكر والأنثيين انتفى من غير لعان لأنه يستحيل أن ينزل مع قطعهما ، وإن قطع أحدهما لحقه ، ولا ينتفى إلا بلعان ، لأنه إذا بقى الذكر أولج وأنزل ، وإن بقى الأنثيان ساحق وأنزل ؛ وحمل الروايتين على هذين الحالين

قال القاضى أبو حامد : فى أصل الذكر ثقبان إحداهما للبول والأخرى للمنى فإذا انسدت ثقبة المنى انتفى الولد من غير لعان لأنه يستحيل الإنزال ، وإن لم تنسد لم ينتف إلا باللعان ، لأنه يمكن الإنزال . وحمل الروايتين على هذين الحالين

(الشرح) حديث « الولد للفراش » رواه أحمد والشيخان وأصحاب السنن إلا أبا داود ، وقد عده السيوطى فى الأحاديث المتواترة . وقال الحافظ بن حجر : هذا الحديث رواه بضعة وعشرون نفساً (قلت) ورد هذا الحديث عن أبى هريرة وعائشة وعثمان وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن عمر وأبى أمامة وعمرو بن خارجة وابن الزبير وابن مسعود وعمر بن الخطاب وعلى بن أبى طالب وسعد بن أبى وقاص والبراء بن عازب وزيد بن أرقم وعبد الله بن عباس والحسن بن على عليهما السلام وعبادة بن الصامت وواثلة بن الأسقع ومعاوية بن عمرو وأنس وعبد الله بن حذافة السهمى وسودة بنت زمعة وأبى مسعود البدرى وزينب بنت جحش . وعن التابعين مرسلا سعيد بن المسيب وعبيد بن عمير والحسن البصرى . وفى لفظ للبخارى « الولد لصاحب الفراش » . أما حديث « مروهم بالصلاة » أخرجه أبو داود والترمذى وغيرهما من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ومن حديث سبرة بن معبد الجهنى . قال الترمذى هو حديث حسن ولفظ رواية عمرو بن شعيب « مروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر ، وفرقوا بينهم فى المضاجع »

أما اللغات ، فقوله « ما يلحق من النسب » فهو من باب تعب ومصدره لحاق بالفتح أى أدرك وألحق مثله ؛ وألحقت زيداً بعمرو أتبعته إياه فلحق به وألحق أيضاً . وفى الدعاء « ان عذابك بالكفار مُلْحِق » يجوز اسم فاعل بالكسر أى لاحق وبالفتح اسم مفعول لأن الله ألحقه وألحق القائف الولد بأبيه واستلحقت الشىء ادعيته . ولحقه الثمن لحوقاً لزمه ، فاللحوق اللزوم واختلف فى معنى الفراش فذهب الأكثر الى أنه اسم للمرأة ، وقد يعبر به عن حالة الافتراش . وقيل انه اسم للزوج . روى ذلك عن أبى حنيفة . وأنشد بن الأعرابى مستدلا على هذا المعنى قول جرير .

باتت تعانقه وبات فراشها

وفى القاموس : إن الفراش زوجة الرجل . قيل ومنه « وفرش مرفوعة » والجارية يفترشها الرجل . اه

والعاهر الزانى ، يقال « عهر » أى زنى . قيل ويختص ذلك بالليل . قال فى القاموس : عهر المرأة كمنع عهراً ويكسر ويحرك ، وعهارة بالفتح وعهورة ، وعاهرها عهاراً أتاها ليلا للفجور أو نهاراً . اه

ومعنى له الحجر أى الخيبة أو لا شىء له فى الولد ، والعرب تقول : له الحجر وبفيه الترب ، يريدون ليس له إلا الخيبة ، وقيل المراد بالحجر أنه يرجم بالحجارة إذا زنى ، ولكنه يرد على هذا أنه لا يرجم كل من زنى بل المحصن فقط

أما الأحكام فإنه يمهد لذلك بأنه لا فرق أولا بين كون الزوجة مدخولا بها أو غير مدخول بها فى أنه يلاعنها . قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار ، منهم عطاء والحسن والشعبي والنخعى وعمرو بن دينار وقتادة ومالك وأهل المدينة والثورى وأهل العراق والشافعى ، فإن كانت غير مدخول بها فقد قال أحمد وسعيد بن جبير وقتادة ومالك : لها نصف الصداق ؛ فإن كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما على ماسيأتى بيانه ، فإن كان غير المكلف الزوج فله حالان

(أحدهما) أن يكون طفلا (والثانى) أن يكون بالغاً زائل العقل ، فإن كان طفلا — فإن أتت امرأته بولد نظرنا — فإن كان لدون عشر سنين ، وهى السن التى يؤيدها ظاهر النص والحديث « اضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم فى المضاجع » وإن ذهب بعض الأصحاب إلى ما دون ذلك ، فإن كان لدون عشر سنين لم يلحقه الولد ويكون منفياً عنه ، لأن العلم يحيط به بأنه ليس منه ، فإن الله عز وجل لم يجر العادة بأن يولد له لدون ذلك فينتفى عنه ، كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها كما سيأتى ، ولأن الولد لا يخلق الا من ماء الرجل والمرأة ولو أنزل لبلغ . والصحيح أنه إذا تحقق إمكان الإنزال فقد ثبت البلوغ وألحق به الولد . وهذا ظاهر مذهب أحمد . لأن الولد يلحق بالإمكان ، وإن خالف الظاهر . فإذا ولدت ولداً يمكن كونه منه فهو ولده فى الحكم ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم

« الولد للفراش » ولا ينتفى عنه إلا بنفيه باللعان من الزوج وحده . وقال أحمد أن يوجد اللعان منهما جميعاً . ولنا أن نفى الولد إنما كان بيمينه والتعانه هو لا بيمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة فى نفى النسب وهى تثبته وتكذب قول من ينفيه ، وإنما لعانها لدرء الحد عنها ، كما قال تعالى « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين »

وقال أحمد وأصحابه : لا يكون اللعان تاماً إلا إذا التعنا جميعاً ، وأن تكمل ألفاظ اللعان منهما جميعاً ، وأن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به ، وبه قال أبو ثور وابن المنذر

وقال مالك وأصحاب الرأى ان فعل أخطأ السنة والفرقة جائزة وينتفى الولد عنه ، لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو وهى لا تقتضى ترتيبها ، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً فأشبه ما لو رتبت ، وعندنا لا يتم اللعان إلا بالترتيب إلا أنه يكفى عندنا لعان الرجل وحده لنفى الولد ، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة . ومن شروطه أن يذكر نفى الولد فى اللعان . وهذا هو ظاهر مذهب الحنابلة . وقد خالف القاضى ابو بكر منهم فقال انه لا يحتاج الى ذكر الولد ونفيه ، وينتفى بزوال الفراش ، ولأن حديث سهل الذى وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه ففرق الرسول صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود وغيره . وفى حديث مسلم عن عبد الله أن رجلا لاعن امرأته على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبى صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه . دليلنا أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطاً ، ولأن غاية ما فى اللعان أن يثبت زناها وذلك لا يوجب نفى الولد ، كما لو أقرت به أو قامت به بينة

فأما حديث سهل بن سعد فقد روى فيه — وكانت حاملا فأنكر حملها — من رواية البخارى

وروى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة ، والزيادة من الثقة مقبولة

فعلى هذا لا بد من ذكر الولد فى كل لفظة ومع اللعن فى الخامسة لأنها من لفظات اللعان .

(مسألة) قال بعض أصحابنا يجوز أن يولد لهما لتسع سنين ، ونصف السنة وهى مدة الحمل ، لأن الجارية قد تحيض لتسع فكذلك الغلام . وقد عرفنا أن عمرو بن العاص كان بينه وبين إبنه عبد الله إثنا عشر عاماً

ولنا أن الزمن الذى يمكن البلوغ فيه والاحتلام منه يلحقه الولد فيه . وأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح ، لأننا نعلم أنه لا يمكنه الاستمتاع لتسع

(فرع) قال أصحابنا : إن ولدت امرأة مقطوع الذكر والانثيين لم يلحق نسبه به فى قول عامة أهل العلم ، لأنه يستحيل منه الإيلاج والإنزال . وإن قطعت أنثياه دون ذكره فكذلك لأنه لا ينزل ما يخلق منه الولد . وقال بعضهم يلحقه النسب لأنه يتصور منه الايلاج وينزل ماء رقيقاً أو منياً من ثقبة المنى . وبهذا قال القاضى أبو حامد المروروذى من أصحابنا

وقال أبو إسحاق إن هذا لا يخلق منه ولد عادة ولا وجد ذلك . وبه قال أكثر أصحاب أحمد رضى الله عنه .

فأما ان قطع ذكره وحده فإنه يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساحق فينزل ماء يخلق منه الولد . وقال ابن اللبان لا يلحقه الولد فى هاتين الصورتين فى قول الجمهور ولأصحاب أحمد اختلاف فى ذلك على نحو ما ذكرنا من الخلاف عندنا ، وهو الخلاف الناشىء من روايتى الربيع والمزنى ، وقد حمل أصحابنا الروايتين على الحالين اللذين أتينا عليهما .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن لم يمكن اجتماعهما على الوطء بأن تزوجها وطلقها عقيب العقد أو كانت بينهما مسافة لا يمكن معها الاجتماع انتفى الولد من غير لعان ، لأنه لا يمكن أن يكون منه .

﴿ فصل ﴾ وإن أتت بولد لدون ستة أشهر من وقت العقد انتفى عنه من غير لعان ، لأنا نعلم أنها علقت به قبل حدوث الفراش ، وإن دخل بها ثم طلقها وهى

حامل فوضعت الحمل ثم أتت بولد آخر لستة أشهر لم يلحقه ، وانتفى عنه من غير لعان ، لأنا قطعنا ببراءة رحمها بوضع الحمل، وأن هذا الولد الآخر علقت به بعد زوال الفراش . وإن طلقها وهي غير حامل واعتدت بالاقراء ثم وضعت ولداً قبل أن تتزوج بغيره لدون ستة أشهر لحقه ، لأنا تيقنا أن عدتها لم تنقض ، وإن أتت به لستة أشهر أو أربع سنين أو ما بينهما لحقه..

وقال أبو العباس بن سريج لا يلحقه لأنا حكمنا بانقضاء العـــدة وإباحتها للأزواج وما حكم به يجوز نقضه لأمر محتمل ، وهذا خطأ لأنه يمكن أن يكون منه ، والنسب إذا أمكن إثباته لم يجز نفيه ، ولهذا إذا أتت بولد بعد العقد لستة أشهر لحقه . وإن كان الاصل عدم الوطء وبراءة الرحم فإن وضعته لأكثر من أربع سنين نظرت — فإن كان الطلاق بائناً — انتفى عنه بغير لعان ، لأن العلوق حادث بعد زوال الفراش ، وإن كان رجعياً ففيه قولان

(أحدهما) ينتفى عنه بغير لعان لأنها حرمت عليه بالطلاق تحريم المبتوتة ، فصار كما لو طلقها طلاقاً بائناً

(والقول الثانى) يلحقه لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء ؛ فإذا قلنا بهذا فإلى متى يلحقه ولدها ؟ فيه وجهـان ، قال أبو إسحاق يلحقه أبداً ، لأن العدة يجوز أن تمتد لأن أكثر الطهر لا حد له ، ومن أصحابنا من قال يلحقه إلى أربع سنين من وقت انقضاء العدة ، وهو الصحيح لأن العدة اذا انقضت بانت وصارت كالمبتوتة

(الشرح) اذا تزوج رجل امرأة فى مجلس ثم طلقها فيه قبل غيبته عنهم ، ثم أتت امرأته بولد لستة أشهر من حين العقد ، أو تزوج مشرقى بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه؛ وبذلك قال مالك وأحمد ، وقال أبو حنيفة يلحقه نسبه لأن الولد انما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ، ألا ترى أنكم قلتم إذا مضى زمان الامكان لحق الولد ، وان علم انه لم يحصل منه الوطء

دليلنا انه لم يحصل امكان الوطء بهذا العقد فلم يلحق به الولد ، كزوجة ابن سنة أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر ؛ وفارق ما قاسوا عليه ، لأن الامكان اذا

وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا يعلم ، ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطء ، فعلقنا الحكم على إمكانه فى النكاح ، ولم يجز حذف الإمكان عن الاعتبار ، لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه ، فلم يجز إلحاقه به مع يقين كونه ليس منه .

ومن ولدت امرأته ولداً لا يمكن كونه منه فى النكاح لم يلحقه نسبه ولم يحتج إلى نفيه لأنه يعلم أنه ليس منه فلم يلحقه ، كما لو أتت به عقيب نكاحه لها ، وذلك مثل أن تأتى به لدون ستة أشهر من حين تزوجها فلا يلحق به فى قول كل من علمنا قوله من أهل العلم لأننا نعلم أنها علقت به قبل أن يتزوجها

(فرع) إذا طلق امرأته وهى حامل فوضعت ولداً ثم ولدت آخر قبل مضى ستة أشهر فهما من الزوج لأننا نعلم أنهما حمل واحد ، فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه ، وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر لم يلحق الزوج وانتفى عنه من غير لعان لأنه لا يمكن أن يكون الولدان حملا واحداً وبينهما مدة الحمل ، فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية وانقضاء العدة ؛ وكونها أجنبية فهى كسائر الأجنبيات ، وإن طلقها فاعتدت بالأقراء ثم ولدت ولداً قبل مضى ستة أشهر من آخر أقرائها لحقه لأننا تيقنا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ونعلم أنها كانت حاملا به فى زمن رؤية الدم فيلزم أن لا يكون الدم حيضاً فلم تنقض عدتها به ، وإن أتت به لأكثر من ذلك إلى أربع سنين لحقه .

وقال أبو العباس بن سريج لا يلحقه لأنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها فى وقت يمكن أن لا يكون منه فلم يلحقه ، كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل ، وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو العدة ، وأما بعدهما فلا يكتفى بالإمكان للحاقه ، وإنما يكتفى بالإمكان لنفيه ، لأن الفراش سبب ، ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها ، فإذا انتفى السبب وآثاره فينتفى الحكم لانتفائه ولا يلتفت الى مجرد الامكان ، وبهذا قال أحمد وأصحابه . وهذا خطأ لأنه يمكن أن يكون منه لأن الأصل أن الولد يلحق بالامكان فلحق به

(فرع) إذا وضعته قبل انقضاء العدة لأقل من أربع سنين لحق بالزوج ولم ينتف عنه إلا باللعان ، وإن وضعته لأكثر من أربع سنين من حين الطلاق وكان

بائناً انتفى عنه بغير لعان لأننا علمنا أنها علقت به بعد زوال الفراش ، وان كان رجعياً فوضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة فكذلك لأنها علقت به بعد البينونة ، وان وضعته لأكثر من أربع سنين منذ الطلاق ولأقل منها منذ انقضت العدة ففيه قولان

(أحدهما) لا يلحقه لأنها لم تعلق به قبل طلاقها فأشبهت البائن

(والثانى) يلحقه لأنها فى حكم الزوجات فى السكنى والنفقة والطلاق والظهار والايلاء ، وبهذا الذى قلناه عندنا فمثله عند أحمد رضى الله عنه ، فالقولان عندنا روايتان له أفادهما ابن قدامة .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وان كانت له زوجة يلحقه ولدها ووطئها رجل بالشبهة وادعى الزوج أن الولد من الواطىء عرض معهما على القافة ولا يلاعن لنفيه لأنه يمكن نفيه بغير لعان وهو القافة فلا يجوز نفيـــه باللعان ، فإن لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك حتى يبلغ السن الذى ينتسب فيه الى أحدهما ، فإن بلغ وانتسب الى الواطىء بشبهة انتفى عن الزوج بغير لعان ، وان انتسب الى الزوج لم ينتف عنه الا باللعان لأنه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان

وان قال زنى بك فلان وأنت مكرهة والولد منه ففيه قولان

(أحدهما) لا يلاعن لنفيه لأن أحدهما ليس بزان فلم يلاعن لنفى الولد كما لو وطئها رجل بشبهة وهى زانية

(والثانى) أن له أن يلاعن وهو الصحيح ، لأنه نسب يلحقه من غير رضاه لا يمكن نفيه بغير اللعان فجاز نفيه باللعان كما لو كانا زانيين

﴿ فصل ﴾ وان أتت امرأته بولد فادعى الزوج انه من زوج قبله ، وكان لها زوج قبله ، نظرت فإن وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الاول ، ولدون ستة أشهر من عقد الزوج الثانى فهو للأول ، لأنه يمكن ان يكون منه ، وينتفى عن الزوج بغير لعان لأنه لا يمكن أن يكون منه

وان وضعته لأكثر من أربع سنين من طلاق الاول ولأقل من ستة أشهر

من عقد الزوج الثانى انتفى عنهما ، لأنه لا يمكن أن يكون من واحد منهما ، وإن وضعته لأربع سنين فما دونها من طلاق الأول ، ولستة أشهر فصاعداً من عقد الزوج الثانى عرض على القافة ، لأنه يمكن أن يكون من كل واحد منهما ، فإن ألحقته بالاول لحق به وانتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج لحق به ولا ينتفى عنه إلا باللعان ، وان لم تكن قافة أو كانت وأشكل عليها ترك إلى أن يبلغ وقت الانتساب ، فإن انتسب إلى الاول انتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن انتسب إلى الزوج لم ينتف عنه إلا باللعان؛ وإن لم يعرف وقت طلاق الاول ووقت نكاح الزوج فالقول قول الزوج مع يمينه أنه لا يعلم أنها ولدته على فراشه ، لأن الأصل عدم الولادة وانتفاء النسب ، فإن حلف سقطت دعواها وانتفى النسب بغير لعان ، لأنه لم يثبت ولادته على فراشه ، وإن نكل رددنا اليمين عليها ، وإن حلفت لحق النسب بالزوج ولا ينتفى إلا باللعان ، لأنه ثبتت ولادته على فراشه وإن نكلت فهل توقف اليمين إلى أن يبلغ الصبي فيحلف ويثبت نسبه ؛ فيه وجهان بناء على القولين فى رد اليمين على الجارية المرهونة اذا أحبلها الراهن وادعى أن المرتهن أذن له فى وطئها وأنكر المرتهن ونكلا جميعاً عن اليمين

(أحدهما) لا ترد اليمين ، لأن اليمين حق للزوجة ، وقد أسقطته بالنكول ، فلم يثبت لغيرها .

(والثانى) ترد لأنه يتعلق بيمينها حقها وحق الولد ؛ فإذا أسقطت حقها لم يسقط حق الولد .

﴿ فصل ﴾ وإن جاءت امرأة ومعها ولد وادعت أنه ولدها منه وقال الزوج ليس هذا منى ولا هو منك بل هو لقيط أو مستعار لم يقبل قولها أنه منها من غير بينة لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها والأصل عدمها فلم يقبل قولها من غير بينة ؛ فإن قلنا ان الولد يعرض مع الأم على القافة فى أحد الوجهين عرض على القافة ، فإن ألحقته بالأم لحق بها وثبت نسبه من الزوج لأنها أتت به على فراشه ولا ينتفى عنه الا باللعان

وان قلنا ان الولد لا يعرض مع الام على القافة . أو لم تكن قافة . أو كانت وأشكل عليها فالقول قول الزوج مع يمينه انه لا يعلم أنها ولدته على فراشه . فإذا

حلف انتفى النسب من غير لعان ، لأنه لم تثبت ولادته على فراشه . وان نكل رددنا اليمين عليها فإن حلفت لحقه نسبه ولا ينفى عنه الا باللعان . وان نكلت فهل توقف اليمين على بلوغ الولد ليحلف ؟ على ما ذكرناه من الوجهين في الفصل قبله .

(الشرح) ان غاب عن زوجته سنين فبلغتها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحا صحيحا فى الظاهر ودخل بها الثانى وأولدها أولاداً ثم قدم الاول فسخ نكاح الثانى وردت الى الاول وتعتد من الثانى ولها عليه صداق مثلها والاولاد له لأنهم ولدوا على فراشه . روى ذلك عن على عليه السلام . وبه قال الثورى وأهل العراق وابن أبى ليلى ومالك وأهل الحجاز وأحمد واسحاق وأبو يوسف وغيرهم من أهل العلم الا أبا حنيفة فإنه قال الولد للأول لأنه صاحب الفراش لأن نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثانى غير ثابت فأشبه الاجنبى

دليلنا أن الثانى انفرد بوطئها فى نكاح يلحق النسب فى مثله فكان الولد له دون غيره . كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها . وفارق الأجنبى فإنه ليس له نكاح .

(فرع) اذا ولدت المرأة فأنكر زوجها الولد فلا حد عليه لأن هذا ليس بقذف لاحتمال أن يكون مراده انه لا يشبهه فى خَلقه أو خُلقه . وان قال وطئت بشبهة والولد من الواطىء فلا حد عليه لأنه لم يقذفها ولم يقذف واطئها . وان قال أكرهت على الزنا فهل عليه اللعان؟ فمذهب أحمد وأبى حنيفة أنه لا حد عليه ولا لعان لأنه لم يقذفها ومن شرط اللعان القذف ويلحقه نسب الولد . ومذهبنا أن له اللعان لأنه محتاج الى نفى الولد بخلاف ما اذا قال وطئت بشبهة فإنه يمكن نفى النسب بعرض الولد على القافة فيستغنى بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لا يشرع لعان أمته لما أمكن نفى نسب ولدها بدعوى الاستبراء

فإن قال وطئك فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فليس هذا بلعان وليس له نفيه باللعان لأنه يمكنه نسبه بالقافة فأشبه ما لو قال واشتبه عليك أيضا . وقد اختار هذا بعض أصحاب أحمد

وقال ابن قدامة : إنه يدخل فى قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » فملك اللعان ونفى الولد ، لأنه قد لا يوجد قافة ، وقد لا يعترف الرجل بما نسب اليه ، أو يغيب أو يموت فلا ينتفى الولد .

(فرع) وإن أتت بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرت - فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة - لم يلحق بالأول بحال ، وان كان بعد أربع سنين منذ بانت من الأول لم يلحق به أيضاً . وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى لم يلحق به وينتفى عنهما . وإن كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده ، وان كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثانى ولأقل من أربع سنين من طلاق الاول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالاول انتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الاول ولحق الزوج ، ولا ينتفى عنه الا باللعان ، وهذا احدى الروايتين عن أحمد (رض)

(مسألة) اذا تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما الى زوج الاخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطىء لأنه وطء يعتقد حله فلحق به النسب كالوطء فى نكاح فاسد

وقال أبو حنيفة وبعض أصحاب أحمد : لا يكون الولد للواطىء وانما يكون للزوج . وهذا الذى يقتضيه أصل أبى حنيفة لأن الولد للفراش . دليلنا أن الواطىء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به ، كما لو لم تكن ذات زوج ، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً ، والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان فى معناه

وان وطئت امرأة بشبهة فى طهر لم يصبها فيه ، فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء لحق الواطىء وانتفى عن الزوج من غير لعان . وعلى قول أبى حنيفة وبعض أصحاب أحمد : يلحق الولد الزوج ، لأن الولد للفراش . وان أنكر الواطىء الوطء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج ، لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ، ولا تقبل دعوى الزوج فى قطع نسب الولد . وان أتت بالولد لدون ستة أشهر من حين الوطء لحق الزوج بكل حال لأننا نعلم أنه ليس

من الواطىء . وان اشتركا فى وطئها فى طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لأن الولد للفراش وقد أمكن كونه منه

وان ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أهل العلم : يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته منهما ، فإن ألحقته بالزوج لحق ولم يملك نفيه باللعان ، وهو أصح الروايتين عن أحمد رضى الله عنه

ولنا أنه يمكن الاستعانة بالطب الشرعى فى تحليل فصائل دم كل من الرجلين والام فإن تشابهت فصائل الدم عندهما أخذ بالقافة وان اختلفت فإن كان أحدهما (ا) والآخر (ب) والام (و) فإن جاء الولد (و) رجعنا الى القـافة . وان جاء (ا) كان لمن فصيلته (ا) وان جاء (ب) كان كذلك ، وان جاء (ا ب) رجعنا الى القافة ، ويحتمل أن يلحق الزوج لان الفراش دلالته أقوى فهو مرجح لأحد الاحتمالين فيلحق بالزوج ، ويمكن أن يلحق بهما ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه ، وللزوج أن ينفيه باللعان . وهذا احدى الروايتين عن أحمد (رض)

وان لم توجد القافة أو أنكر الواطىء الوطء أو اشتبه على الطب الشرعى أو القافة ترك الى أن يكبر الى وقت الانتساب فإن انتسب الى الزوج والا نفاه باللعان

(مسألة) اذا قال : ما ولدته وانما التقطته أو استعرته ، فقالت بل هو ولدى منك لم يقبل قول المرأة الا ببينة ، وهذا هو قول احمد وابى ثور واصحاب الرأى لان الولادة يمكن اقامة البينة عليها ، والاصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين ، فإن قلنا بأحد الوجهين ان الولد يعرض مع الام على القافة أو على الطب الشرعى ، فإن ألحقاه بالام لحق بها وثبت نسبه من الزوج لانه لم يأت الا على فراشه ، وليس له ان ينفيه باللعان ، لانه لم يقذفها بالزنا ؛ وانما ادعى نفى الولادة . وان قلنا بالوجه الآخر بعدم العرض على القافة كان القول قوله مع يمينه انه لا يعلم انها ولدته على فراشه ، وكذلك اذا أشكلت القافة حين عرض عليها او تشابهت فصائل الدم ، واحتمل ان يكون من غيرها ، او كانت فصيلته مشابهة للزوج ويحتمل ان يكون من غيره فإن القول قول الزوج مع يمينه ، فإن حلف فلا لعان وانتفى نسبه منه ، وان نكل رددناه عليها وبحلفها يلحقه الولد ،

وليس له أن يلاعنها ، فإن نكلت هى أيضاً فعلى ما ذكره المصنف فى الفصل قبله من الوجهين من وقوف اليمين حتى يبلغ الولد

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ إذا تزوج امرأة وهى وهو ممن يولد له ووطئها ، ولم يشاركه أحد فى وطئها بشبهة ولا غيرها ، وأتت بولد لستة أشهر فصاعداً لحقه نسبه ، ولا يحل له نفيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه « أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال حين نزلت آية الملاعنة : أيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله عنه وفضحه الله على رءوس الاولين والآخرين »

وإن أتت امرأته بولد يلحقه فى الظاهر بحكم الإمكان وهو يعلم أنه لم يصبها ، وجب عليه نفيه باللعان ، لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شيء ، ولن يدخلها الله تعالى جنته» فلما حرم النبي صلى الله عليه وسلم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم ، دل على أن الرجل مثلها ، ولأنه اذا لم ينفه جعل الاجنبي مناسباً له ومحرماً له ولأولاده ومزاحماً لهم فى حقوقهم . وهذا لا يجوز ، ولا يجوز أن يقذفها لجواز أن يكون من وطء شبهة أو من زوج قبله .

﴿فصل﴾ وإن وطىء زوجته ثم استبرأها لحيضة وطهرت ولم يطأها وزنت وأتت بولد لستة أشهر فصاعداً من وقت الزنا لزمه قذفها ونفى النسب لما ذكرناه وان وطئها فى الطهر الذى زنت فيه فأتت بولد وغلب على ظنه أنه ليس منه ، بأن علم أنه كان يعزل منها أو رأى فيه شبهاً بالزانى لزمه نفيه باللعان ، وان لم يغلب على ظنه أنه ليس منه لم ينفه لقوله صلى الله عليه وسلم «الولد للفراش وللعاهر الحجر»

(الشرح) عمد المصنف الى حديث أبى هريرة فجزأه جزأين مما أوهم أنهما حديثان ، وكان يمكنه سوق الحديث برمته والاستدلال به فى الموضعين بغير تجزئه ولا تكرار ، فالحديث أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حبان والحاكم فى المستدرك وابن أبى شيبة عن ابى هريرة رضى الله عنه مرفوعا « أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله فى شيء ، وأيما رجل جحد

ولده وهو ينظر اليه احتجب الله تعالى منه ، وفضحه على رءوس الاولين والآخرين يوم القيامة » وفى رواية ابن ماجه « ألحقت بقوم »

أما أحكام الفصلين فإنه يحرم على الرجل قذف زوجته ، وقد جعله القرآن الكريم من الكبائر قال تعالى « ان الذين يرمون المحصنات الغافلات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم » ولقوله صلى الله عليه وسلم « أيما رجل جحد ولده وهو ينظر اليه احتجب الله منه وفضحه على رءوس الاولين والآخرين »

قوله « ينظر اليه » يعنى يراه منه ، فكما حرم على المرأة أن تدخل على قوم من ليس منهم حرم على الرجل جحد ولده ، ولا يجوز قذفها بخبر من لا يوثق بخبره لأنه غير مأمون على الكذب عليها ، ولا برؤيته رجلا خارجا من عندها من غير أن يستفيض زناها لانه يجوز أن يكون دخل سارقاً أو هارباً أو لحاجة . كما قررنا ذلك فى صدر هذا البحث

(فرع) اللعان واجب اذا رأى امرأته تزنى فى طهر لم يطأها فيه فإنه يلزمه اعتزالها حتى تنتهى عدتها ، فإذا أتت بولد لستة أشهر من حين الزنا فأكثر لزمه قذفها ونفى ولدها لأن ذلك يجرى مجرى اليقين فى ان الولد من الزانى ، فإذا لم ينفه لحقه الولد . وورثه وورث أقاربه وورثوا منه . ونظر الى بناته واخواته . وليس ذلك بجائز وسيحمل هو وزره فيجب نفيه لإزالة ذلك

واذا أقرت له بالزنا ووقع فى قلبه صدقها فهو كما لو رآها . وكذلك اذا غلب على ظنه زناها فى طهر وطئها فيه ثم اتت بولد فرأى ملامح الزانى ومخايله واضحة فى الوليـــد . او كان يطؤها ويعزل عنها ثم ولدت لستة اشهر من حين العزل فصاعدا لزمه نفيه ايضا باللعان .

فإن لم يوقن او يظن ظناً قوياً انه ليس منه لم ينفه لحديث ابى هريرة رضى الله عنه الذى اخرجاه الشيخان واصحاب السنن الا ابا داود عن النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش وللعاهر الحجر » وما رواه الشافعى بسنده عن ابن عمر « ان عمر قال : ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يعتزلونهن . لا تأتينى وليدة يعترف سيدها ان قد ألم بها الا ألحقت به ولدها . فاعزلوا بعد ذلك او اتركوا »

ومقتضى هذا أن الولد يلحق الأب بعد ثبوت الفراش ، وهو لا يثبت إلا بعد إمكان الوطء فى النكاح الصحيح أو الفاسد ، وإلى ذلك ذهب جمهور الفقهاء ، وقال أبو حنيفة : إنه يثبت بمجرد العقد ، واستدل له بأن مجرد المظنة كافية ، ورد بمنع حصولها بمجرد العقد ، بل لا بد من إمكان الوطء ، ولاشك أن اعتبار مجرد العقد فى ثبوت الفراش جمود ظاهر

وحكى ابن القيم عن ابى حنيفة أنه يقول بأن نفس العقد وإن علم أنه لم يجتمع بها بل لو طلقها عقبه فى المجلس تصير الزوجة به فراشاً ، وكذلك قوله بأن العقد يثبت به الفراش ولحوق النسب ، ولو كانت بينهما مسافة طويلة لا يمكن وصوله اليها فى مقدار مدة الحمل ، وهذا كله لا دليل عليه

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن أتت امرأته بولد أسود وهما أبيضان ، أو بولد أبيض وهما أسودان ففيه وجهان :

(أحدهما) أن له أن ينفيه لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال ابن أمية أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : إن جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الإليتين فهو للذى رميت به ، فجاءت به أورق جعداً جمالياً خدلج الساقين سابغ الاليتين ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » فجعل الشبه دليلا على أنه ليس منه

(والثانى) أنه لا يجوز نفيه لما روى أبو هريرة رضى الله عنه قال : جاء رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم من بنى فزارة فقال « إن امرأتى جاءت بولد أسود ونحن أبيضان ، فقال هل لك من إبل ؟ قال نعم ، قال ماألوانها ؟ قال حمر . قال هل فيهامن أورق ؟ قال إن فيها لوُرْقاً . قال فأنى ترى ذلك ؟ قال عسى أن يكون نزعه عرق ، قال وهذا عسى أن يكون نزعه عرق »

(الشرح) حديث ابن عباس رواه أحمد وأبو داود وهو مطول عنده ، وفى إسناده عباد بن منصور فيه مقال معروف . وحديث أبى هريرة أخرجه أحمد والشيخان وأصحاب السنن الأربعة والدارقطنى ولفظه « جاء رجل من بنى فزارة

الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: ولدت امرأتى غلاماً أسود ؛ وهو حينئذ يعرّض بأن ينفيه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم : هل لك من ابل ؟ قال نعم ؛ قال فما ألوانها ؟ قال حمر ؛ قال هل فيها من أورق ؟ قال ان فيها لورقاً ؛ قال فأنى أتاها ذلك ؟ قال عسى أن يكون نزعه عرق ؛ قال فهذا عسى أن يكون نزعه عرق ولم يرخص له فى الانتفاء منه »

ولأبى داود فى رواية « إن امرأتى ولدت غلاما أسود وانى أنكره »

قوله « هلال بن أمية » هو أحد الثلاثة الذين خلفوا . قوله « جاء رجل » اسمه ضمضم بن قتادة

أما اللغات فالأورق الأسمر ، وفى المصباح ما كان لونه كلون الرماد ، والاسم الوُرقة كالحمرة والخضرة والصفرة. والجعد ضد السبط وقد مضى. وقال الهروى يكون مدحاً وذماً ، فالمدح بمعنيين ؛ أحدهما أن يكون معضوب الخلق شديد الاسر ، والثانى أن يكون شعراً جعداً ، والذم بمعنيين . أحدهما أن يكون قصيراً متردداً ، والثانى أن يكون نحيلا ، يقال رجل جعد اليدين وجعد الأصابع أى منقبضها ، والجمالى بضم الجيم ، الضخم الاعضاء التام الاوصال ، هكذا قال ابن بطال ، وقال فى المصباح : عظيم الخلق ، وقيل طويل الجسم اه .

قالوا ناقة جمالية من بدانتها ؛ قال الشاعر :

جمالية لم يبق سيرى ورحلتى ... على ظهرها من نيها غير محفدى

وخدلج الساقين أى عريض صدر القدمين خفاق القدم ، وسابغ الاليتين أى كامل واف ؛ ومنه الدرع السابغة

أما الاحكام فإن حديث ابن عباس دليل على أنه يجوز للأب أن ينفى ولده بمجرد كونه مخالفاً لهما فى اللون ، وبهذا قال القاضى وأبو الخطاب من الحنابلة ، وهو أحد الوجهين عند أصحابنا ؛ وحديث أبى هريرة دليل على أنه لايجوز له أن ينفى ولده بمجرد كونه مخالفاً لهما فى اللون

وقد حكى القرطبي وابن رشد الاجماع على ذلك وتعقبهما الحافظ بن حجر بأن الخلاف فى ذلك ثابت عند الشافعية فقالوا : ان لم ينضم الى المخالفة فى اللون قرينة زنا لم يجز النفى ، فإن اتهمها فأتت بولد على لون الرجل الذى اتهمها به جاز

النفى على الصحيح عنـدهم . وعند الحنابلة يجوز النفى مع القرينة مطلقاً . وقال ابن قدامة : لا يجوز النفى بمخالفة الولد لون والديه أو شبههما ، ولا لشبهه بغير والديه لما روى أبو هريرة (وساق حديث الفزارى)

(قلت) ولأن الناس كلهم لآدم وحواء وألوانهم وخلقهم مختلفـة ، فلولا مخالفتهم شبه والديهم لكانوا على خلقة واحـــدة ، ولأن دلالة الشبه ضعيفة ، ودلالة ولادته على الفراش قوية فلا يجوز ترك القوى لمعارضة الضعيف ، ولذلك لما تنازع سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة ورأى النبى (ص) فيه شبهاً بيناً بعتبة ألحق الولد بالفراش وترك الشبه ، وهـذا اختيار أبى عبد الله ابن حامد من أصحاب أحمد . وهو الوجه الآخر لأصحاب الشافعى

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ وإن أتت امرأته بولد وكان يعزل عنها إذا وطئها لم يجز له نفيه ، لما روى أبو سعيد الخدرى رضى الله عنه أنه قال : يا رسول الله إنا نصيب السبايا ونحب الأثمـان أفنعزل عنهن ؟ فقال صلى الله عليه وسلم « إن الله عز وجل إذا قضى خلق نسمة خلقها » ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق به ؛ وإن أتت بولد وكان يجامعها فيما دون الفرج ففيه وجهان

(أحدهما) لا يجوز له النفى لأنه قد يسبق الماء إلى الفرج فتعلق به

(والثانى) أن له نفيه لأن الولد من أحكام الوطء ، فلا يتعلق بما دونه كسائر الاحكام . وإن أتت بولد وكان يطؤها فى الدبر ففيه وجهـان

(أحدهما) لا يجوز له نفيه ، لأنه قد يسبق من الماء الى الفرج ما تعلق به .

(والثانى) له نفيه لأنه موضع لا يبتغى منه الولد .

﴿ فصل ﴾ إذا قذف زوجته وانتفى عن الولد — فإن كان حملا — فله أن يلاعن وينفى الولد ، لأن هلال بن أمية لاعن على نفى الحمل ، وله أن يؤخره الى أن تضع ، لأنه يجوز أن يكون ريحاً أو غلظا فيؤخر ليلاعن على يقين ، وإن كان الولد منفصلا ففى وقت نفيه قولان (أحدهما) له الخيار فى نفيه ثلاثة

أيام ، لأنه قد يحتاج الى الفكر والنظر فيما يتدم عليه من النفى ، فجعل الثلاث حداً لأنه قريب ، ولهذا قال الله عز وجل « يا قوم هذه ناقة الله لكم آية فذروها تأكل فى أرض الله ولا تمسوها بسوء فيأخذكم عذاب قريب » ثم فسر القريب بالثلاث ، فقال « تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام ذلك وعد غير مكذوب »

(والثانى) وهو المنصوص فى عامة الكتب أنه على الفور ، لأنه خيار غير مؤد لدفع الضرر ، فكان على الفور كخيار الرد بالعيب ؛ فإن حضرت الصلاة فبدأ بها أو كان جائعاً فبدأ بالأكل ، أو له مال غير محرز واشتغل بإحرازه ، أو كان عادته الركوب واشتغل بإسراج المركوب ، فهو على حقه من النفي ، لأنه تأخير لعذر . وان كان محبوساً أو مريضا أو قيما على مريض أو غائباً لا يقدر على المسير وأشهد على النفى فهو على حقه وان لم يشهد مع القدرة على الاشهاد سقط حقه ، لأنه لما تعذر عليه الحضور للنفى أقيم الاشهاد مقامه إلى أن يقدر كما أقيمت الفيئة باللسان مقام الوطء فى حق المولى اذا عجز عن الوطء الى أن يقدر

(الشرح) حديث أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه أخرجه أحمد والبخارى ومسلم وأبو داود والترمذى والنسائى بألفاظ مختلفة كلها تؤدى معنى ما ساقه المصنف هنا ، وقد مضى الكلام على طرقه وأقوال العلماء فيه فى أحكام العزل من كتاب النكاح فليراجع . وروى معناه عن جابر بن عبد الله وعبد الله بن عباس وأنس بن مالك وأسامة بن زيد وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين .

فإذا أتت بولد وكان يعزل عنها لم يجز له نفيه لحديث ابى سعيد ، ولأنه قد يسبق من الماء ما لا يحس به فتعلق .

وأما ان كان لا يطؤها الا دون الفرج أو فى الدبر فأتت بولد ، فذكر أصحابنا فيه وجهين (أحدهما) انه ليس له نفيه لأنه لا يأمن ان يسبق الماء الى الفرج فيعلق به ؛ وبه قال احمد . وقال ابن قدامة : وهو بعيد لأنه من أحكام الوطء فى الفرج فلا يتعلق بما دونه كسائر الأحكام ، ودلالة عدم الوطء فى الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لون أبيه اه . وهذا هو الوجه الثانى عندنا ويشجب ابن قدامة لما قاله أصحابه يكون فى مذهب احمد فى المسئلة قولان

وقال أبو حنيفة لا يلاعن وبناه على أصله فى أن اللواط لا يوجب الحد .
وهذا فاسد لأن الرمى به معرة ؛ وقد دخل تحت عموم قوله تعالى (والذين يرمون أزواجهم) وقد حقق القرطبي فى تفسير سورتى الأعراف والمؤمنون انه يجب الحد . وقالت المالكية : يلاعن إذا انتفى من الحمل بشرطه

(مسألة) إذا ظهر بامرأته حمل فله أن ينفيه وله أن يؤجل نفيه إلى أن تضع
واختلف أصحاب أحمد فيما إذا لاعن امرأته حاملا ونفى حملها فى لعانه . فقال الخرقى وجماعة : لا ينتفى الحمل بنفيه قبل الوضع ، ولا ينتفى حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفى الولد فيه . وهذا قول ابى حنيفة وجماعة من أهل الكوفة ، لأن الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ريحاً أو غيرها فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط

ولنا أنه يصح نفى الحمل وينتفى عنه . دليلنا حديث هلال بن أمية وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي صلى الله عليه وسلم وألحقه بالأول ، ولا خفاء بأنه كان حملا ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم « انظروها فإن جاءت به » كذا وكذا

قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة — الى أن قال — ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولهذا ثبتت للحامل أحكام تخالف بها الحائل من النفقة والفطر فى الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها مما يطول ذكره . اه

وقالت المالكية : اذا ظهر بامرأته حمل فترك أن ينفيه لم يكن له نفيه بعد سكوته ، لأن سكوته بعد العلم به رضاً به ، كما لو أقر به ثم ينفيه فانه لا يقبل منه فان قال رجوت أن يكون ريحاً ينفش أو تسقطه فأستريح من السقط ، أو يكون من أمراض النساء كالأورام الليفية التى تبدو معها المرأة كأنها حامل فى الشهر التاسع ، وهى فى حاجة الى استئصال هذا الورم ، فهل لنفيه بعد وضعه مدة ما ؟ فاذا جاوزها لم يكن له ذلك ، فقد اختلف فى ذلك على قولين

(أحدهما) إذا لم يكن له عذر فى سكوته حتى مضت ثلاثة أيام فهو راض به ليس له نفيه . وبهذا قال المالكية

وقالت الحنابلة : اذا ولدت ولداً فسكت عن نفيه مع امكانه لزمه نسبه

ولم يكن له نفيه بعد ذلك ، ومدة الثلاث فرصة كافيه لانعام النظر واعمال الفكر والتدبر فى الامر ، فقد يكون فى التريث أمن من الندم ، ومدة الثلاث حكمها شائع فى خيار البيع وفى اختبار المصراة ، وقد جاء فى تأويل قوله تعالى « قال تمتعوا فى داركم ثلاثة أيام » أنها توضيح لمبهم « قريب » فى آية الناقة من وعيدهم بالعذاب .
(والثانى) وهو المنصوص ، وهو قول ابى بكر من اصحاب احمد رضى الله عنه : لا يتقدر ذلك بثلاث ، بل هو على ما جرت به العادة ان كان ليلا ، فحتى يصبح وينتشر فى الناس ، وان كان جائعا أو ظمآن فحتى يأكل أو يشرب ، أو ينام ان كان ناعسا ، أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلى ان حضرت الصلاة ، ويحرز ماله ان كان غير محرز ، وأشباه ذلك من أشغاله ، فان أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه .

وقال ابو حنيفة : له تأخير نفيه يوما ويومين استحساناً ، لأن النفى عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلته . وقال ابو يوسف ومحمد يتقدر بمدة النفاس لأنها جارية مجرى الولادة فى الحكم . وحكى عن عطاء ومجاهد أن له نفيه ما لم يعترف به فكان له نفيه كحالة الولادة .

ووجه القول الأول انه خيار لدفع الضرر المتحقق فكان على الفور كخيار الشفعة . وقول النبى صلى الله عليه وسلم « الولد للفراش » عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع السنة الثابتة ، فما عداه يبقى على عموم الحديث . وما ذكره ابو حنيفة يبطل بخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة ، وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه ؛ وكذلك يرد هذا على ما قال عطاء ، ولا يلزم القصاص لأنه لاستيفاء حق لا لدفع ضرر ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره . وقالت المالكية : ان الايام الثلاثة آخر حد القلة وأول حد الكثرة

(فرع) ان كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس ، أو الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمة غريم يخاف فوته أو غيبته نظرت — فان كانت مدة ذلك قصيرة فأخره الى الحضور ليزول عذره — لم يبطل نفيه لأنه بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره الى الصبح

وان كانت تتطاول فأمكنه التنفيذ الى الحاكم ليبعث اليه من يستوفى عليه اللعان

والنفى فلم يفعل سقط نفيه ، فإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته ، فإن لم يفعل بطل خياره ، لأنه إذا لم يقدر على نفيه كان الاشهاد قائما مقامه كما يقيم المريض الفيئة بقوله فى الايلاء بدلا عن الفيئة بالجماع

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ وإن ادعى أنه لم يعلم بالولادة فإن كان فى موضع لا يجوز أن يخفى عليه ذلك من طريق العادة ، بأن كان معها فى دار أو محلة صغيرة لم يقبل ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وإن كان فى موضع يجوز أن يخفى عليه كالبلد الكبير ، فالقول قوله مع يمينه ، لأن ما يدعيه ظاهر

وإن قال علمت بالولادة إلا أنى لم أعلم أن لى النفى — فإن كان ممن يخالط أهل العلم — لم يقبل قوله ، لأنه يدعى خلاف الظاهر ، وإن كان قريب عهد بالاسلام أو نشأ فى موضع بعيد من أهل العلم قبل قوله ، لأن الظاهر أنه صادق فيما يدعيه وإن كان فى بلد فيه أهل علم إلا أنه من العامة ففيه وجهان

(أحدهما) لا يقبل كما لا يقبل قوله إذا ادعى الجهل برد المبيع بالعيب .

(والثانى) يقبل لأن هذا لا يعرفه إلا الخواص من الناس بخلاف رد المبيع بالعيب ، فإن ذلك يعرفه الخاص والعام .

(فصل) وإن هنأه رجل بالولد فقال : بارك الله لك فى مولودك وجعله الله لك خلفاً مباركاً وأمن على دعائه ، أو قال استجاب الله دعاءك سقط حقه من النفى لأن ذلك يتضمن الاقرار به ، وإن قال أحسن الله جزاءك ، أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله ، لم يسقط حقه من النفى ، لأنه يحتمل أنه قال له ذلك ليقابل التحية بالتحية .

(فصل) وإن كان الولد حملا فقال أخرت النفى حتى ينفصل ثم ألاعن على يقين فالقول قوله مع يمينه لأنه تأخير لعذر يحتمله الحال . وان قال أخرت لانى قلت لعله يموت فلا أحتاج إلى اللعان ، سقط حقه من النفى ، لأنه ترك النفى من غير عذر .

(الشرح) إذا ثبت ما قدمنا من شرح الفصول فهل يتقدر الخيار فى النفى بمجلس العلم ؟ أو بإمكان النفى ؟ على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة ، فإن أخر نفيه عن ذلك ثم ادعى أنه لا يعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن يكون فى موضع يخفى عليه ذلك ؛ مثل أن يكون فى محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لأن الاصل عدم العلم ، وان لم يمكن — مثل أن يكون معها فى الدار — لم يقبل لأن ذلك لا يكاد يخفى عليه .

وإن قال علمت ولادته ولم أعلم أن لى نفيه ، أو علمت ذلك ولم أعلم انه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعامة الناس قبل منه ، لأن هذا مما يخفى عليهم فأشبه ما لو كان حديث عهد بإسلام . وان كان فقيها لم يقبل منه

وقال بعض الحنابلة يحتمل أن يقبل منه لأن الفقيه يخفى عليه كثير من الاحكام أفاده ابن قدامة . وقال أكثرهم كقولنا لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشيء وحديث العهد بالاسلام . وهل يقبل من سائر العامة ؟ على وجهين ذكرهما المصنف

(فرع) اذا قال لم أصدق المخبر عنه نظرت — فإن كان مستفيضا وكان المخبر مشهور العدالة — لم يقبل والا قبل .

وان قال لم أعلم أن علىَّ ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى ، وان علم وهو غائب فأمكنه السير فاشتغل به لم يبطل خياره . وان كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ما ذكرنا من قبل ؛ وان أخر نفيه لغير عذر وقال : أخرت نفيه رجاء أن يموت فأستر عليه وعلىَّ بطل خياره ، لأنه أخر نفيه مع الامكان لغير عذر

(مسألة) قوله « وان هنأه رجل بالولد الخ » فجملة ذلك انه اذا هنىء به فأمن على الدعاء لزمه فى قولهم جميعا . وان قال أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله فانه لا يلزمه لأنه جازاه على قصده وليس ذلك اقراراً ولا متضمنا له . وقال أحمد وأصحابه وأبو حنيفة : يلزمه الولد ، لأن ذلك جواب الراضى فى العادة فكان اقراراً كالتأمين على الدعاء ، وان سكت كان اقراراً . هكذا أفاده ابن قدامة ، قال لأن السكوت صلح دال على الرضى فى حق البكر وفى مواضع أخرى ، فههنا أولى

هذا وما بقى من فروع فى الفصول فقد مضى لنا بحثها فى الفصول قبله

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ إذا أتت امرأته بولدين توأمين وانتفى عن أحدهما وأقر بالآخر أو ترك نفيه من غير عذر ، لحقه الولدان لأنهما حمل واحد فلا يجوز أن يلحقه أحدهما دون الآخر ، وجعلنا ما انتفى منه تابعاً لما أقر به ، ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما انتفى منه ، لأن النسب يحتاط لإثباته ولا يحتاط لنفيه ، ولهذا إذا أتت بولد يمكن أن يكون منه ويمكن أن لا يكون منه ألحقناه به احتياطاً لإثباته ، ولم ننفه احتياطاً لنفيه .

وإن أتت بولد فنفاه باللعان ثم أتت بولد آخر لأقل من ستة أشهر من ولادة الأول لم ينتف الثانى من غير اللعان ، لأن اللعان يتناول الأول ، فإن نفاه باللعان انتفى ، وإن أقر به أو ترك نفيه من غير عذر لحقه الولدان لأنهما حمل واحد وجعلنا مانفاه تابعاً لما لحقه ، ولم نجعل ما لحقه تابعاً لما نفاه ، لما ذكرناه فى التوأمين . وإن أتت بالولد الثانى لستة أشهر من ولادة الاول انتفى بغير لعان لأنها علقت به بعد زوال الفراش .

﴿ فصل ﴾ وان لاعنها على حمل فولدت ولدين بينهما دون ستة أشهر ، لم يلحقه واحد منهما لأنهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيا به ، وإن كان بينهما أكثر من ستة أشهر انتفى الاول باللعان ، وانتفى الثانى بغير لعان ، لأنا تيقنا بوضع الاول براءة رحمها منه وأنها علقت بالثانى بعد زوال الفراش

﴿ فصل ﴾ وإن قذف امرأته بزنا أضافه الى ما قبل النكاح — فإن لم يكن نسب — لم يلاعن لاسقاط الحد لأنه قذف غير محتاج اليه فلم يجز تحقيقه باللعان كقذف الاجنبية ، وإن كان هناك نسب يلحقه ففيه وجهان

(أحدهما) وهو قول ابى إسحاق انه لا يلاعن لأنه قذف غير محتاج اليه ، لأنه كان يمكنه أن يطلق ولا يضيفه الى ما قبل العقد

(والثانى) وهو قول ابى على بن أبى هريرة أن له أن يلاعن لأنه نسب يلحقه من غير رضاه لا ينتفى بغير لعان فجاز له نفيه باللعان .

(الشرح) اذا ولدت امرأته توأمين - وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر - فاستلحق أحدهما ونفى الآخر لحقا به ، ولا عبرة بنفيه ، لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره ، فإذا ثبت نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا ما نفاه تابعا لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به واستلحقه تابعا لما نفاه ؛ لأن النسب يحتاط لاثباته لا لنفيه ؛ ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن أن يكون من غيره ألحقناه به احتياطا ، ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه ، ولأن الشارع الحكيم يتشوف الى ثبوت النسب مهما أمكن ولا يحكم بانقطاع النسب الا حيث يتعذر اثباته ، ولهذا ثبت بالفراش ، وبالدعوى وبالانساب التى بمثلها لا يثبت نتاج الحيوان ؛ ولان اثبات النسب فيه حق لله تعالى وحق للولد وحق للأب ، ويترتب عليه من الاحكام فى الوصل بين العباد ما به قوام مصالحهم ، فأثبته الشرع بأنواع الطرق التى لا يثبت بمثلها نتاج الحيوان ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يمكن كونه منه ويمكن كونه من غيره ألحقناه به احتياطا ولم نقطعه عنه احتياطا لنفيه . فلو قذف أمهما فطالبته بالحد فليس له اسقاطه باللعان ، لأنه باستلحاقه اعترف بكذبه فى قذفه فلم يسمع منه انكاره بعد ذلك .

وقالت الحنابلة : له اسقاطه باللعان . وحكى ابن قدامة قولا آخر للقاضى منهم انه يحد ولا يملك اسقاطه باللعان .

ووجه المذهب عندنا ظاهر . أما وجه المسألة عندهم فإنه لا يلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لا يلزم من الولد وجود الزنا منها كون الولد منه . ولذلك لو أقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد عنه ، فلا تنافى بين لعانه وبين استلحاقه للولد .

(فرع) اذا استلحق أحد الولدين وسكت عن الآخر لحقه ، لأنه لو نفاه للحقه ، فاذا سكت عنه كان أولى ، ولأن امرأته متى أتت بولد لحقه ما لم ينفه عنه باللعان . وان نفى أحدهما وسكت عن الاخر نفيناه . وقال أصحاب أحمد لحقاه جميعا ، لأن لحوق النسب مبنى على التغليب وهو يثبت بمجرد الامكان . وان كان لم يثبت الوطء ، ولا ينتفى الامكان للنفى فافترقا

ولنا أنهما كانا موجودين عند اللعان فانتفيا به . وإن أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم ولدت آخر لأقل من ستة أشهر انتفى الثانى باللعان الاول

وقال الحنابلة لم ينتف لأن اللعان تناول الاول وحده ؛ ويحتاج فى نفى الثانى إلى لعان ثان . ولنا أنهما حمل واحد وقد لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج إلى لعان ثان فأما إن نفى الولد باللعان ثم أتت بولد آخر بعد ستة أشهر فهذا من حمل آخر ، فإنه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل وينتفى الثانى بغير لعان ، لأنها بولادتها الأول تبينا براءة رحمها ، فيكون حملا آخر .

وقال الحنابلة لا ينتفى بغير اللعان لأنه حمل منفرد ، فإن استلحقه أو ترك نفيه لحقه وإن كانت قد بانت باللعان لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الاول دليلنا أنها بانت باللعان فحرم عليه وطؤها فلا يكون ولده وإنما يكون من سفاح لا سيما وأنه جاء بعد براءة الرحم وانقضاء العدة بوضع الأول فكان حملها الثانى فى غير نكاح فلم يحتج إلى نفيه لكونها أجنبية كسائر الاجنبيات .

وقال فى الأم : إذا لاعن امرأته بولد فنفيناه عنه ثم جاءت بولد آخر فنفيناه عنه ثم جاءت بولد لستة أشهر أو أكثر ، وما يلزم به نسب ولد المبتوتة فهو ولده إلا أن ينفيه بلعان فإن نفاه فذلك له .

(فرع) إذا مات أحد التوأمين أو ماتا معاً فله أن يلاعن لنفى نسبهما . وبهذا قال أحمد . وقال أبو حنيفة يلزمه نفى الحى ولا يلاعن إلا لنفى الحى ؛ لأن الميت لا يصح نفيه باللعان ، فإن نسبه قد انقطع بموته فلا حاجة إلى نفيه باللعان ، كما لو ماتت امرأته فإنه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح ، لكونه قد انقطع ؛ وإذا لم ينتف الميت لم ينتف الحى لأنهما حمل واحد . دليلنا أن الميت ينسب اليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفى نسبه وإسقاط مؤنته كالحى ، وكما لو كان للميت ولد .

(فرع) إذا قذف امرأته بالزنا قبل زواجه منها لم يكن له أن يلاعن ، لانه يأتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة ، لأنه كمن يلاعن أجنبية عنه فلم يصح ويقام عليه الحد . وهل له أن يلاعن إذا جاءت بولد ينتسب اليه ؟ وجهان قال أبو إسحاق المروزى : لا يلاعن لامكان أن يطلقها من غير حاجة إلى إضافة

ولدها لما قبل العقد إذ هو المفرط بنكاح حامل بالزنا فلا يشرع له نفيه . وبهذا قال أحمد وأصحابه .



(والثانى) قول أبى على بن أبى هريرة ، لنفى ما عساه يلحقه من نسب لا يرضاه وليس من فراشه ولا ينتفى إلا باللعان فجاز له

وقال مالك وأبو ثور وأحمد : إن قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن ؛ وروى ذلك عن سعيد بن المسيب والشعبي وقال الحسن وزرارة بن أبى أوفى وأصحاب الرأى: له أن يلاعن لأنه قذف امرأته فيدخل فى عموم قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » ولأنه قذف امرأته فأشبه ما لو قذفها ولم يضفه الى ما قبل النكاح . وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية أخرى .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصـل ﴾ وإن أبانها ثم قذفها بزنا أضافه إلى حال النكاح — فان لم يكن نسب — لم يلاعن لدرء الحد لأنه قذف غير محتاج اليه ، وإن كان هناك نسب — فإن كان ولداً منفصلا — فله أن يلاعن لنفيه لأنه يحتاج الى نفيه باللعان ؛ وان كان حملا فقد روى المزنى فى المختصر أن له أن ينفيه . وروى فى الجامع أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل

واختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق لا يلاعن قولا واحداً ، وما رواه المزنى فى المختصر أراد اذا انفصل ، وقد بين فى الام ، فإنه قال لا يلاعن حتى ينفصل ، ووجهه أن الحمل غير متحقق لجواز أن يكون ريحاً فينفش ؛ ويخالف إذا قذفها فى حال الزوجية ، لأن هناك يلاعن لدرء الحد فتبعه نفى الحمل ، وهنا ينفرد الحمل باللعان فلم يجز قبل أن يتحقق

ومن أصحابنا من قال فيه قولان : أحدهما لا يلاعن حتى ينفصل ، لما ذكرناه والثانى يلاعن ، وهو الصحيح ، لأن الحمل موجود فى الظاهر ومحكوم بوجوده ، ولهذا أمر بأخذ الحامل فى الديات ومنع من أخذها فى الزكاة ؛ ومنعت الحامل اذا طلقت أن تتزوج حتى تضع ؛ وهـذه الطريقة هى الصحيحة ؛ لأن الشافعى

رحمه الله نص فى مثلها على قولين وهى فى نفقة المطلقة الحامل فقال فيها قولان (أحدهما) تجب لها النفقة يوماً بيوم (والثانى) لا تجب حتى ينفصل

﴿ فصل ﴾ وإن قذف امرأته وانتفى عن حملها وأقام على الزنا بينة سقط عنه الحد بالبينة ، وهل له أن يلاعن لنفى الحمل قبل أن ينفصل ؟ على ما ذكرناه من الطريقين فى الفصل قبله .

(الشرح) إذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثاً يازانية فى فراشى نظرت — فإن كان هناك نسب يريد أن ينفيه ، ولا يتحقق هـذا إلا إذا انفصل الولد عنها — لاعن ، لأنه محتاج إلى نفيه ، وبه قال مالك وأحمد ، حيث نقل مهنا قال : سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثا ؛ فقال يلاعن . قلت إنهم يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة . قال بئس مايقولون ، فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم ببينونتها فأشبه القذف ، فإن كان بينهما ولد فإنه يلاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن ، لأنه يتعين إضافة القـذف الى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد ابانتها : زنيت ان كنت زوجتى ، على ماقررناه ، وبه قال مالك .

وقال عثمان البتى : لا يلاعن بأى حال لأنها ليست بزوجة . وقال أبو حنيفة فى الوجهين لا يلاعن — يعنى فى حال نفى النسب والحمل — لأنها ليست زوجة ، وينتقض عليها هذا بالقذف قبل الزوجية ، كما ذكرنا آنفاً ، بل هذا أولى ، لأن النكاح قد تقدم وهو يريد الانتفاء من النسب وتبرئته من ولد يلحق به فلا بد من اللعان ؛ فإن كان هناك حمل يرجى فقد روى المزنى فى المختصر أن له أن ينفيه وروى رواية أخرى أنه لا يلاعن حتى ينفصل الحمل . فاختلف أصحابنا فيه ، فقال أبو اسحاق المروزى : لا يلاعن قولا واحداً ، وأول ما رواه المزنى فى المختصر أن الإمام الشافعى أراد إذا انفصل

قال الشافعى رضى الله عنه فى الأم: ولو قال رجل لامرأته أنت طالق ثلاثا

أو طالق واحدة لم يبق له عليها من الطلاق الا هى أو طالق ولم يدخل، أو أى طلاق ما؛ كان لا رجعة عليها بعده وأتبع الطلاق مكانه يازانية ، حد ولا لعان الا أن يكون ينفى به ولداً أو حملا فيلاعن للولد ويوقف للحمل فإذا ولدت التعن، فإن لم تلد حد ولو بدأ فقال يا زانية أنت طالق ثلاثاً التعن ، لأن القذف وقع وهى امرأته ، ولو قال : أنت طالق ثلاثا يا زانية حد ولا لعان ، الا أن ينفى ولداً فيلاعن به ويسقط الحد .

ثم قال رضى الله عنه « ولو قذف رجل امرأته فصدقته ثم رجعت فلا حد ولا لعان الا أن ينفى ولداً فيلاعن به ويسقط الحد ، ولو قذف رجل امرأته فصدقته ثم رجعت فلا حد ولا لعان الا أن ينفى ولداً فلا ينفى الا بلعان ، ولو قذف رجل امرأته ثم زنت بعد القذف أو وطئت وطئا حراما فلا حد ولا لعان الا أن ينفى ولداً أو يريد أن يلتعن فيثبت عليها الحد ان لم يلتعن ، واذا قذف رجل امرأته فارتدت عن الاسلام وطلبت حدها لاعن أو حد ، لأن القذف كان وهى زوجة مسلمة . اه

فهذا القول من الشافعى قاطع فى أنه يلاعن لنفى الحمل بعد أن يوقف الى أن تلد . قال المصنف الصحيح أن يلاعن وهى حامل لأن الحمل موجود فى الظاهر ومحكوم بوجوده ، ويترتب على هذا الحمل أحكام فى مواطن كثيرة فمثلا لا تعطى الحامل من الارقاء فى الدية ولا تؤخذ البهيمة الحامل فى الزكاة ، ولا يحل زواج الحامل حتى تضع ، فكيف ينتظر من وجد امرأته حاملا من غيره حتى تضع فيلاعنها وقد غاظته بهذا الزنا فى فراشه، ويمكن حمل قول الشافعى على ما اذا اشتبه عليه الحمل ولم يتحقق وتردد فيه ، أو كان محتملا أن يكون انتفاخا أو مرضا من أمراض النساء فلا يلاعن حتى تلد . ويمكن حمل قوليه فى النفقة على ما اذا كان حملها غير مقطوع به فتجب نفقتها حتى تلد .

أما اذا كان حملها مقطوعا به فقد وجب لها يوماً بيوم ، وسنأتى على هذا فى كتاب النفقات ان شاء الله . على أن قول الشافعى يوقف حتى تلد اذا قصد به الحمل المقطوع به كان مخالفا للحديث « ان جاءت به كذا فهو لأبيه، وان جاءت به كذا فهو لفلان » فجاءت به على النعت المكروه ، فإذا اعتمدنا أصله واذا صح الحديث

فهو مذهبي ، حملنا قوله على ما إذا كان الحمل غير متيقن ، بدليل قوله فإن لم تلد حد . ومن ثمّ يكون الحمل محتملا .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

(فصل) وإن قذف امرأته فى نكاح فاسد - فإن لم يكن نسب - لم يلاعن لدرء الحد ، لأنه قذف غير محتاج اليه ، وإن كان هناك نسب — فإن كان ولداً منفصلا — فله أن يلاعن لنفيه ، لأنه ولد يلحقه بغير رضاه لا ينتفى عنه بغير اللعان ، فجاز نفيه باللعان كالولد فى النكاح الصحيح ، وإن كان حملا فعلى ماذكرناه من الطريقين .

(فصل) وإن ملك أمة لم تصر فراشاً بنفس الملك ، لأنه قد يقصد بملكها الوطء ، وقد يقصد به التمول والخدمة والتجمل ، فلم تصر فراشا ، فإن وطئها صارت فراشا له ، فإن أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه ، لأن سعداً نازع عبد بن زمعة فى ابن وليدة زمعة فقال عبد : هو أخى وابن وليدة أبى ولد على فراشه ، فقال النبى صلى الله عليه وسلم « هو لك ، الولد للفراش وللعاهر الحجر » وروى ابن عمر رضى الله عنه أن عمر رضى الله عنه قال « ما بال رجال يطأون ولائدهم ثم يعزلونهن ، لا تأتينى وليدة يعترف سيدها أنه ألمّ بها إلا ألحقت به ولدها ، فاعزلوا بعد ذلك أو اتركوا »

وإن قذفها وانتفى عن ولدها فقد قال أحمد : أما تعجبون من أبى عبد الله يقول بنفى ولد الأمة باللعان ، فجعل أبو العباس هذا قولا ، ووجهه أنه كالنكاح فى لحوق النسب ، فكان كالنكاح فى النفى باللعان

ومن أصحابنا من قال لا يلاعن لنفيه قولا واحداً لأنه يمكنه نفيه بغير اللعان وهو بأن يدعى الاستبراء ويحلف عليه ، فلم يجز نفيه باللعان بخلاف النكاح ، فإنه لا يمكنه نفى الولد فيه بغير لعان ، ولعل أحمد أراد بأبى عبد الله غير الشافعى رحمة الله عليهما .

(فصل) إذا قذف امرأته بزناءين وأراد اللعان كفاه لهما لعان واحد ، لأنه فى أحد القولين يجب حد واحد ، فكفاه فى إسقاطه لعان واحد ، وفى القول

القول الثانى يجب حدان ، إلا أنهما حقان لواحد فاكتفى فيهما بلعان واحد ، كما يكتفى فى حقين لواحد بيمين واحد .

وإن قذف أربع نسوة أفرد كل واحدة منهن بلعان ، لأنها أيمان فلم تتداخل فيها حقوق الجماعة ، كالأيمان فى المال . وإن قذفهن بكلمات بدأ بلعان من بدأ بقذفها لأن حقها أسبق . وإن قذفهن بكلمة واحدة وتشاححن فى البداية أقرع بينهن ، فمن خرجت لها القرعة بدأ بلعانها . وإن بدأ بلعان إحداهن من غير قرعة جاز ، لأن الباقيات يصلن الى حقوقهن من اللعان من غير نقصان

(الشرح) خبر تنازع سعد وعبد بن زمعة أخرجه أصحاب الصحاح والمسانيد والسنن خلا الترمذى . عن عائشة قالت « اختصم سعد بن أبى وقاص وعبد بن زمعة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال سعد : يا رسول الله ابن أخى عتبة ابن أبى وقاص عهد الى أنه ابنه أنظر الى شبهه . وقال عبد بن زمعة : هذا أخى يا رسول الله ولد على فراش ابى ، فنظر رسول الله الى شبهه فرأى شبهاً بينا بعتبة فقال : هو لك يا عبد بن زمعة . الولد للفراش وللعاهر الحجر ، واحتجبى منه يا سودة بنت زمعة ؛ قال فلم ير سودة قط »

وفى رواية أبى داود وأخرى للبخارى « هو أخوك يا عبد » عبد بن زمعة أخو سودة أم المؤمنين .

وقوله « الولد للفراش وللعاهر الحجر » سبق القول بتواتره

أما خبر ابن عمر فقد رواه الشافعى فى الام ولم أره فى مسنده فى اللعان ، ولم يعزه فى المنتقى الى غيره .

ومن هذا الحديث يتضح أن النبى صلى الله عليه وسلم قد ألحق الولد بزمعة لأنه صاحب الفراش ، ودليله أقوى من دليل الشبه ؛ وقد ذهب بعضهم الى أن قوله هو لك يا عبد بن زمعة ، أن « لك » للتمليك ، فكأنه لم يلحقه به أخاً وإنما ملكه له ، بدليل أنه أمر سودة بالاحتجاب منه ، فلو كان أخاً لها لم تؤمر بالاحتجاب منه . وفى رواية : احتجبى منه فإنه ليس بأخ لك . ويجاب على ذلك بأن اللام للاختصاص لا للتمليك .

ويؤيد ذلك ما فى رواية « هو أخوك يا عبد » أما أمره لسودة بالاحتجاب فذلك على سبيل الاحتياط والورع والصيانة لأمهات المؤمنين لما رآه من الشبه بعتبة بن أبى وقاص كما فى حديث « كيف وقد قيل؟» أو يكون ذلك مراعاة للشيئين وإعمالا للدليلين ، فإن الفراش دليل لحوق النسب ، والشبه بغير صاحبه دليل نفيه فأعمل أمر الفراش بالنسبة إلى المدعى ، وأعمل الشبه بعتبة بالنسبة إلى ثبوت المحرمية بينه وبين سودة .

قال ابن القيم : وهذا من أحسن الأحكام وأبينها وأوضحها ، ولا يمنع ثبوت النسب من وجه دون وجه .

وأما الرواية التى فيها « احتجبى منه فإنه ليس بأخ لك » فقد طعن البيهقى فى إسنادها . وقال فيها جرير وقد نسب فى آخر عمره إلى سوء الحفظ ، وفيها يوسف مولى آل الزبير وهو غير معروف .

أما الأحكام فإنه إذا نكح امرأة نكاحا فاسداً ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد نفيه فله أن يلاعن لنفيه ولا حد عليه ، وإن لم يكن بينهما ولد حُد ولا لعان بينهما . وبهذا قال أحمد .

وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لأنها أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات أو إذا لم يكن بينهما ولد . وهذا فاسد لأن الولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح صحيحا ، ويفارق إذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية . ويفارق سائر الاجنبيات لأنه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به إلى قذفهن . ويفارق الزوجة فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد لكونها خانته وغاظته وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منها ولد فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لاعن سقط الحد ، لأنه لعان مشروع لنفى الحد ، فأسقط الحد كاللعان فى النكاح الصحيح ، وهل يثبت التحريم المؤبد ؟ وجهان سيأتى بيانهما

وقالت المالكية يلاعن فى النكاح الفاسد زوجته لأنها صارت فراشاً له . أما إذا كانت حاملا فعلى ما مضى من النكاح الصحيح

أما حكم قوله « يعترف سيدها أن قد ألمّ بها » فيه تقوية لمذهب الجمهور من أنه لا يشترط فى فراش الأمة الدعوة ، بل يكفى مجرد ثبوت الفراش

وقول الامام أحمد رضى الله عنه : أما تعجبون من قول أبى عبد الله فإن كان يقصد بنسبة مقول القول إلى الامام الشافعى كانت تلك رواية أخرى لم تعرف عن الشافعى إلا عن أحمد متفرداً بها ، والقاعدة ان فى رواية الشيخ عن شيخه مخالفاً للأقران غرابة ، وقد أخذ بعض أصحابنا بصحة نسبة القول إلى الشافعى كأبى العباس ابن سريج فاعتبره قولا ووجهه أنه كالنكاح

وقال المصنف : ولعل أحمد أراد بأبى عبد الله غير الشافعى — وهذا أحسن ما أجيب به .

(مسألة) إذا قذف امرأته قذفين بزناءين فليس عليه إلا حد واحد ، ويكفيه لعان واحد لأنه يمين ، فإذا كان الحقان لواحد كفته يمين واحدة فى أحد القولين ، والثانى يجب حدان لأنهما حقان ، وإن لم يلزمه إلا لعان واحد ، ومقتضى القول الأول أنه يكفيه أن يقول : أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزناءين وفارق ما إذا قذف زوجتين حيث لا يكفيه لعان واحد ، لأن اليمين وجبت لكل واحد منهما فلا تتداخل كسائر الأيمان . وإن أقام البينة بالاول سقط عنه موجب الثانى لأنه زال إحصانها ولا لعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفيه ، وإن أقامها بالثانى لم يسقط الحد الاول وله إسقاطه باللعان الا على قول القاضى ، فإنه يسقط بإقامة البينة على الثانى

وان قذفها فى الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الاول فلا حد عليه لأنه قد حققه بلعانه ؛ ومقتضى القول الثانى أن يحد ، كما لو قذفها به أجنبى ؛ ولو قذفها به أجنبى أو بزنا غيره فعليه الحد فى قول عامة أهل العلم . منهم ابن عباس والزهرى والشعبى والنخعى وقتادة وأحمد وأبو عبيد .

وذكر أبو عبيد عن أصحاب الرأى أنهم قالوا : ان لم ينف بلعانها ولداً حد قاذفها ، وان نفاه فلا حد على قاذفها لأنه منتف عن زوجها بالشرع

(فرع) اذا قذف امرأته وأجنبية أو أجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما ، فيخرج من حد الاجنبية بالبينة خاصة ، ومن حد الزوجة بالبينة أو باللعان ، وان قذفهما بكلمة واحدة الا أنه اذا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً أو حدين؟ على قولين . قال فى القديم : يحد حداً واحداً ، وبه قال أبو حنيفة وزاد ، سواء

كان بكلمة أو كلمات ، لأنهما حدود من جنس فوجب أن تتداخل كحدود الزنا وقال أحمد فى احدى روايتيه بقول الشافعى فى القديم ، والثانى يقام لكل واحد حد بكل حال لأنها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون . وقال أحمد فى الرواية الاخرى : اذا طالبوا مجتمعين فحد واحد ؛ وان طالبوا متفرقين فلكل واحد حد لأنهم اذا اجتمعوا فى الطلب أمكن ايفاؤهم بالحد الواحد ، واذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد ايفاء لمن لم يطالب ، لأنه لايجوز اقامة الحد له قبل المطالبة منه

ولنا أنه اذا قذفهما بكلمة واحدة لا يجزىء حد واحد ، لأن لكل واحد حقا فوجب لكل واحد حد ، كما لو قذف الثانى بعد حد الاول ، وهكذا الحكم فيما اذا قذف أجنبيين أو أجنبيات فالتفصيل فيه على ما ذكرناه .

وان قذف أربع نسائه فالحكم فى الحد كذلك ، وان أراد اللعان فعليه أن يلاعن لكل واحدة لعاناً مفرداً ، ويبدأ بلعان التى تبدأ بالمطالبة ، فان طالبن جميعا وتشاححن بدأ باحداهن بالقرعة ، وان لم يتشاححن بدأ بلعان من شاء منهن . ولو بدأ بواحدة منهن من غير قرعة من المشاحة صح ؛ ويحتمل أن يجزئه لعان واحد فيقول : أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميت به كل واحدة من زوجاتى هؤلاء الاربع من الزنا ، وتقول كل واحدة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، لانه يحصل المقصود بذلك ، والاول أصح لأن اللعان أيمان فلا تتداخل لجماعة كالأيمان فى الديون

(فرع) اذا أقام البينة على زناها فقذفها آخر فلا حد عليه لانه قد زال احصانها ؛ ولان هذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وانما دخلت المعرة بقيام البينة ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ، وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه ، وبه قال أحمد وأصحاب الرأى ، ولكنه يعزر تعزير السب والاذى ؛ ولا يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه

وان قذف زوجته ولاعنها ثم قذفها بزنا آخر فعليه الحد لأنها بانت منه باللعان وصارت أجنبية الا أن يضيف الزنا الى حال الزوجية ، فعند ذلك ان كان ثم نسب يريد نفيه فله الملاعنة لنفيه والا لزمه الحد ولا لعان بينهما ، والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ باب من يصح لعانه وكيف اللعان وما يوجبه من الأحكام ﴾

يصح اللعان من كل زوج بالغ عاقل مختار ، مسلماً كان أو كافراً ، حراً كان أو عبداً ، لقوله عز وجل « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين » ولأن اللعان لدرء العقوبة الواجبة بالقذف ونفي النسب ، والكافر كالمسلم ، والعبد كالحر في ذلك ، فأما الصبي والمجنون فلا يصح لعانهما لأنه قول يوجب الفرقة فلم يصح من الصبي والمجنون كالطلاق .

وأما الاخرس فإنه ان لم يكن له اشارة معقولة ولا كتابة مفهومة لم يصح لعانه لأنه في معنى المجنون ، وان كانت له اشارة معقولة أو كتابة مفهومة صح لعانه لأنه كالناطق في نكاحه وطلاقه؛ فكان كالناطق في لعانه . وأما من اعتقل لسانه فإنه ان كان مأيوساً منه صح لعانه بالاشارة كالاخرس ، وان لم يكن مأيوساً منه ففيه وجهان :

(أحدهما) لا يصح لعانه لأنه غير مأيوس من نطقه فلم يصح لعانه بالاشارة كالساكت (والثاني) يصح ، لأن أمامة بنت أبي العاص رضى الله عنها أصمتت فقيل لها ألفلان كذا ولفلان كذا ؟ فأشارت أي نعم ، فرفع ذلك فرؤيت أنها وصية ، ولأنه عاجز عن النطق يصح لعانه بالإشارة كالاخرس

﴿ فصل ﴾ وان كان أعجميا ، فإن كان يحسن بالعربية ففيه وجهان

(أحدهما) يصح لعانه بلسانه لأنه يمين فصح بالعجمية مع القدرة على العربية كسائر الأيمان (والثاني) لا يصح لأن الشرع ورد فيه بالعربية فلم يصح بغيرها مع القدرة كأذكار الصلاة ، فإن لم يحسن بالعربية لاعن بلسانه لأنه ليس بأكثر من اذكار الصلاة واذكار الصلاة تجوز بلسانه اذا لم يحسن بالعربية فكذلك اللعان . وان كان الحاكم لا يعرف لسانه أحضر من يترجم عنه . وفي عدده وجهان بناء على القولين في الشهادة على الاقرار بالزنا (أحدهما) يحتاج الى أربعة (والثاني) يكفيه اثنان

(الشرح) يستفاد من هذين الفصلين أحكام مسائل وفروع ، منها أن اللعان يصح من كل زوجين ، سواء كانا مسلمين أو كافرين ، عاقلين بالغين ، حرين أو عبدين . وقال أحمد فى احدى الروايتين رواها ابن منصور : جميع الازواج يلتعنون ، الحر من الحرة والامة اذا كانت زوجة . وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية . وقال سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار والحسن وربيعة ومالك واسحاق : يصح من كل زوجين مكلفين . مسلمين أو كافرين . عدلين أو فاسقين أو محدودين فى قذف أو كان أحدهما كذلك .

وقال أحمد فى روايته الاخرى : لا يصح اللعان الا من زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين فى قذف

وروى هـذا عن الزهرى والثورى والاوزاعى وحماد وأصحاب الرأى ، ومأخذ القولين أن اللعان يجمع وصفين اليمين والشهادة ، وقد سماه القرآن شهادة وسماه الرسول صلى الله عليه وسلم يمينا فى حديث « لولا الأيمان لكان لى ولها شأن » فمن غلّب حكم الأيمان قال : يصح من كل من يصح يمينه . وهذا مذهبنا ومذهب فقهاء الامصار كافة الا أبا حنيفة ، واحدى روايتى أحمد والزهرى والثورى والاوزاعى وحماد فإنهم اعتبروه شهادة

دليلنا قوله تعالى « والذين يرمون أزواجهم » وأنه قد سماه النبى (ص) يمينا . ولانه يفتقر الى اسم الله والى ذكر القسم المؤكد وجوابه ، ولانه يستوى فيه الذكر والانثى — بخلاف الشهادة — ولو كان شهادة لما تكرر لفظه بخلاف اليمين فإنه قد يشرع فيها التكرار كأيمان القسامة ، ولان حاجة الزوج التى لا تصح منه الشهادة الى اللعان ونفى الولد كحاجة من تصح شهادته سواء ، والامر الذى نزل به مما يدعو الى اللعان ، كالذى ينزل بالعدل الحر ، والشريعة الغراء لا ترفع ضرر أحد النوعين وتجعل له مخرجا مما نزل به ، وتدع النوع الآخر فى الآصار والاغلال ، فلعله يكون صادقافنقضى عليه بأن يكون تيساً أو ديوثاً ، ولا فرج له مما نزل به ولا مخرج ولا مهرب

وأما احتجاج أبى حنيفة وأصحابه ومن قال بقوله من الفقهاء ممن ذكرنا آنفاً

فاستدلوا بقوله تعالى « ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم » — « فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله » فاستثنى أنفسهم من الشهـــداء ، فلا يقبل إلا من ليس من أهل الشهادة ؛ فردنا عليهم أن الله تعالى سماه شهادة لقوله فى يمينه « أشهد بالله » فسمى ذلك شهادة وإن كان يميناً . كما قال تعالى «اذا جاء المنافقون قالوا نشهد انك لرسول الله » اعتباراً بلفظها ؛ وكيف وهو مصرح فيه بالقسم وجوابه .

وكذلك لو قال أشهد بالله انعقدت يمينه بذلك ، سواء نوى اليمين أو أطلق ، والعرب تعد ذلك يميناً فى لغتها واستعمالها . قال قيس بن الملوح الشهير بالمجنون :

فأشهد عند الله أنى أحبها فهذا لها عندى فما عندها ليا ؟

قال ابن القيم فى الهدى : وفى هذا البيت حجة لمن قال : ان قوله أشهد تنعقد به اليمين ، ولو لم يقل بالله ، كما هو احدى الروايتين عن أحمد . والثانية لا يكون يميناً الا بالنية ، وهو قول الأكثرين . كما أن قوله أشهد بالله يمين عند الأكثرين بطلقه . وأما استثناؤه سبحانه أنفسهم من الشهداء فيقال أولا الا ههنا صفة بمعنى غير ، والمعنى ولم يكن لهم شهداء غير أنفسهم ، فإن غير وإلا يتعاوضان الوصفية والاستثناء ، فيستثنى بغير حملا على الا ، ويوصف بالا ، حملا على غير ، ويقال ان أنفسهم مستثنين من الشهداء ولكن يجوز أن يكون منقطعاً على لغة تميم فإنهم يبدلون فى المنقطع كما يبدل الحجازيون فى المتصل . وكذلك استثنى أنفسهم من الشهداء لأنه نزلهم منزلتهم فى قبول قولهم . وهذا قوى جداً على قول من يرجم المرأة بالتعان الزوج اذا نكلت وهو الصحيح كما سيأتى وكما مضى بعضه . والصحيح أن لعانهم يجمع الوصفين اليمين والشهادة ، فهو شهادة مؤكدة بالقسم والتكرار ؛ ويمين مغلظة بلفظ الشهادة والتكرار لاقتضاء الحال تأكيد الأمر .

(فرع) اذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقذفه لأن القلم عنه مرفوع ، فإذا أتت امرأته بولد فنسبه لاحق لإمكانه ، ولا سبيل الى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل فله نفيه حينئذ واستلحاقه ، وان ادعى انه كان ذاهب العقل حين قذفه — وأنكرت ذلك — فالحكم لصاحب البينة منهما ، والا فالقول قوله

(مسألة) الاخرس والخرساء ان كانا معلومى الاشارة والكتابة فهما كالناطقين فى القذف واللعان .

وحكى ابن المنذر عن أحمـــد وأبي عبيد وأصحاب الرأى : اذا كانت المرأة خرساء لم تلاعن لانه لا تعلم مطالبتها

قال ابن قدامة : وينبغى أن يكون ذلك فى الاخرس ، وذلك لأن اللعـان يفتقر الى الشهادة فلم يصح من الاخرس كالشهادة الحقيقية ، ولان الحد يدرأ بالشبهات ، والشهادة صريحة كالناطق ، فلا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته

. وقال القاضي وأبو الخطاب كقولنا : هو كالناطق فى قذفه ولعانه ، ويفارق الشهادة لانه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة الى الاخرس . وفى اللعان لا يحصل الا منه فدعت الحاجة الى قبوله منه كالطلاق

(فرع) اذا قذف الاخرس أو لاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل انكاره للقذف لانه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر فلا يقبل انكاره ، ويقبل انكاره اللعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب ولا تعود الزوجية . فإن قال أنا ألاعن للحد ونفى النسب كان له ذلك لانه انما لزمه باقراره أنه لم يلاعن ، فاذا أراد أن يلاعن كان له ذلك

فاذا قذفها وهو ناطق ثم خرس وأيسنا من نطقه فحكمه حكم الاصلى ؛ وان رجى عود نطقه وزوال خرسه انتظر به ، ويرجع فى معرفة ذلك الى قول طبيبين عدلين من المختصين بالصحة النفسية والعصبية .

وقال بعض الاصحاب : انه لا يلاعن فى الحالين بالاشارة ، لان أمامة بنت أبي العاص أصمتت ، فقيل لها لفلان كذا ولفلان كذا ؟ فأشارت أن نعم ؛ فرأوا أنها وصية والصحيح الاول . وعند أصحاب أحمد على وجهين . ذكره أبو الخطاب

(مسألة) اذا كان أحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لانه قول تحصل به الفرقة ولا يصح من غير المكلف كسائر الأيمان ، ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما ، وقد مضى لنا فى الفصول قبله بحث السن والبلوغ والامكان . فليراجع

والخلاصة أن كل موضع لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه ؛ ويجب بالقـذف موجبه من الحـد والتعزير الا أن يكون القاذف صبيا أو مجنوناً فلا ضرب فيه

ولا لعان ، كذلك قال الثورى ومالك وأحمد وأبوعبيد وأبو ثور وأصحاب الرأى وابن المنذر وقال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم

(مسألة) إذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجز أن يلتعنا بغيرها ، لأن اللعان ورد فى القرآن بلفظ العربية ، وإن كانا لا يحسنان ذلك جاز لهما الالتعان بلسانهما لموضع الحاجة ، فان كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ ذلك ، وإن لم يكن يعرف لسانهما فلا بد من ترجمان ، وفى العدد المجزى للترجمة قولان

(أحدهما) يجزىء إثنان عدلان ، وهو ظاهر قول الخرقى من الحنابلة لأنه قال ولا يقبل فى الترجمة عن أعجمى حاكم اليه إذا لم يعرف لسانه أقل من عدلين يعرفان لسانه . وذكر أبو الخطاب رواية أخرى عند الحنابلة أنه يجزىء ترجمان واحد ، وهو قول أبى حنيفة

(الثانى) لا يجزىء أقل من أربعة ، بناء على الشهادة فى الإقرار بالزنا ففيها هذان القولان

(فرع) لو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها ، وشهد آخر أنه أقر ذلك بالعجمية ، فاذا قلنا ان الشاهدين يجزئان تمت الشهادة ، وان شهد شاهدان أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة لم تتم الشهادة ، وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية لم تتم الشهادة . وان شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية والعجمية وشهد الآخر أنه قذفها بالعربية فقط فقد اكتملت الشهادة إذا قلنا باجزاء الشاهدين لاتفاقهما فى لغة واحدة . وعند أصحاب أحمد فيمن شهد أحدهما بالقذف يوم الخميس والآخر بالقذف يوم الجمعة أو شهد أحدهما بالقذف بالعربية والآخر أنه بالعجمية وجهان

(أحدهما) تكمل الشهادة ، وهو قول أبى بكر ومذهب أبى حنيفة ، لأن الوقت ليس ذكره شرطا فى الشهادة بالقذف وكذلك اللسان ، فلم يؤثر الاختلاف كما لو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس بالعربية ، وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة بالعجمية (الثانى) لا تكمل الشهادة

ولنا أنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم تثبت ، كما لو شهد أحدهما

أنه تزوجها يوم الخميس وشهـــد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة ، وفارق الاقرار بالقذف فإنه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به فى وقتين بلسانين .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ولا يصح اللعان إلا بأمر الحاكم لأنه يمين فى دعوى فلم يصح إلا بأمر الحاكم كاليمين فى سائر الدعاوى ، فإن كان الزوجان مملوكين جاز للسيد أن يلاعن بينهما ، لأنه يجوز أن يقيم عليهما الحد فجاز أن يلاعن بينهما كالحاكم .

﴿ فصـل ﴾ واللعان هو أن يقول الزوج أربع مرات « أشهد بالله إنى لمن الصادقين » ثم يقول « وعلىّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين » وتقول المرأة أربع مرات « أشهـــد بالله إنه لمن الكاذبين » ثم تقول « وعلىّ غضب الله إن كان من الصـادقين » والدليل عليه قوله عز وجل « والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين، والخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ، والخامسة أن غضب الله عليها ان كان من الصادقين» فإن أخل أحدهما بأحد هـذه الألفاظ الخمسة لم يعتد به ، لأن الله عز وجل علق الحكم على هذه الالفاظ ، فدل على أنه لا يتعلق بما دونها ، ولأنه بينة يتحقق بها الزنا فلم يجز النقصان عن عددها كالشهادة .

وإن أبدل لفظ الشهادة بلفظ من ألفاظ اليمين بأن قال : أحلف أو أقسم أو أولى ففيه وجهان .

(أحدهما) يجوز لأن اللعان يمين فجاز بألفاظ اليمين (والثانى) أنه لا يجوز لأنه أخل باللفظ المنصـوص عليه . وإن أبدل لفظ اللعنة بالابعـــاد أو لفظ الغضب بالسخط ، ففيه وجهان . أحدهما يجوز لأن معنى الجميع واحد ، والثانى لا يجوز لأنه ترك المنصوص عليه ، وان أبدلت المرأة لفظ الغضب بلفظ اللعنة لم يجز ، لأن الغضب أغلظ ، ولهذا خصت المرأة به ، لأن المعرة بزناها أقبح ؛ وإثمها بفعل الزنا أعظم من إثمه بالقذف

وإن أبدل الرجل لفظ اللعنة بلفظ الغضب ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ،

لان الغضب أغلظ (والثانى) لا يجوز لانه ترك المنصوص عليه . وان قدم الرجل لفظ اللعنة على لفظ الشهادة أو قدمت المرأة لفظ الغضب على لفظ الشهادة ففيه وجهان (أحدهما) يجوز ، لان القصد منه التغليظ وذلك يحصل مع التقديم . (والثانى) لا يجوز لانه ترك المنصوص عليه

(الشرح) الاحكام . لا يصح اللعان إلا بأمر الحاكم أو من يقوم مقامه ، وهذا مذهب أحمد رضى الله عنه ، لان النبى صلى الله عليه وسلم أمر هلال بن أمية أن يستدعى زوجته اليه ولاعن بينهما ، ولانه إما يمين واما شهادة ، فأيهما كان فمن شرطه الحاكم . وان تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما لم يصح ذلك لان اللعان مبنى على التغليظ والتأكيد فلم يجز بغير الحاكم كالحد ، هذا اذا كانا حرين ، وساوى أحمد بين الحرين والعبدين فى وجوب اللعان بحضر من الحاكم أو من ينوب عنه .

أما ألفاظه فقد مضى بيانها وهى هنا على وجهها

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ والمستحب أن يكون اللعان بحضرة جماعة ، لان ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رضى الله عنهم حضروا اللعان بحضرة النبى صلى الله عليه على حداثة سنهم والصبيان لا يحضرون المجالس الا تابعين للرجال ، فدل على أنه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان ، ولأن اللعان بنى على التغليظ للردع والزجر وفعله فى الجماعة أبلغ فى الردع . والمستحب أن يكونوا أربعة لان اللعان سبب للحد ولا يثبت الحد الا بأربعة، فيستحب أن يحضر ذلك العدد ، ويستحب ان يكون بعد العصر لان اليمين فيه أغلظ . والدليل عليه قوله عز وجل «تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله » قيل هو بعد العصر .

وروى أبو هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال « ثلاثة لا يكلمهم الله يوم القيامة ولا ينظر اليهم ولهم عذاب اليم ، رجل حلف يمينا على مال مسلم فاقتطعه ، ورجل حلف يمينا بعد صلاة العصر لقد اعطى بسلعته اكثر

بما أعطى وهو كاذب ، ورجل منع فضل الماء ، فإن الله عز وجل يقول : اليوم أمنعك فضلى كما منعت فضل ماء لم تعمله يداك »

ويستحب أن يتلاعنا من قيام ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه فى حديث هلال بن أمية « فأرسل اليهما فجاءا فقام هلال فشهد ، ثم قامت فشهدت ، ولأن فعله من قيام أبلغ فى الردع . واختلف قوله فى التغليظ بالمكان فقال فى أحد القولين إنه يجب لأنه تغليظ ورد به الشرع فأشبه التغليظ بتكرار اللفظ ، وقال فى الآخر يستحب كالتغليظ فى الجماعة والزمان ، والتغليظ بالمكان أن يلاعن بينهما فى أشرف موضع من البلد الذى فيه اللعان ، فإن كان بمكة لاعن بين الركن والمقام ، لأن اليمين فيه أغلظ .

والدليل عليه ما روى أن عبد الرحمن بن عوف رضى الله عنه رأى قوماً يحلفون بين الركن والمقام ، فقال أعلى دم ؟ قالوا لا ، قال أفعلى عظيم من المال ؟ فقالوا لا ، فقال لقد خشيت أن يبهأ الناس بهذا المقام . وإن كان فى المدينة لاعن فى المسجد لأنه أشرف البقاع بها ، وهل يكون على المنبر أو عند المنبر ؟ اختلفت الرواية فيه عن النبى صلى الله عليه وسلم ، فروى أبو هريرة رضى الله عنه قال : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : من حلف عند منبرى على يمين آثمة ولو على سواك من رطب وجبت له النار

وروى جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال : من حلف على منبرى هذا بيمين آثمة تبوأ مقعده من النار ، فقال ابو إسحاق ان كان الخلق كثيرا لاعن على المنبر ليسمع الناس ، وان كان الخلق قليلا لاعن عند المنبر مما يلى قبر النبى صلى الله عليه وسلم

وقال أبو على بن أبى هريرة : لا يلاعن على المنبر ، لأن ذلك علو وشرف والملاعن ليس فى موضع العلو والشرف . وحمل قوله على منبرى أى عند منبرى لأن حروف الصفات يقوم بعضها مقام بعض ، وان كان ببيت المقدس لاعن عند الصخرة لأنها أشرف البقاع به وإن كان فى غيرها من البلاد لاعن فى الجامع ، وإن كانت المرأة حائضاً لاعنت على باب المسجد ، لأنه أقرب إلى الموضع الشريف .

وإن كان يهودياً لاعن فى الكنيسة ، وإن كان نصرانياً لاعن فى البيعة ، وان كان مجوسياً لاعن فى بيت النار ، لأن هذه المواضع عندهم كالمساجد عندنا

(الشرح) حـــديث أبى هريرة الأول أخرجه الشيخان فى صحيحيهما . قال العزيزى فى السراج المنير « والذين لا يكلمهم الله يوم القيامة لا ينحصرون فى الثلاثة ، والعدد لا ينفى الزائد » اه

وقوله « بعد العصر » خصه لشرفه لأنه آخر النهار وقرب أفول الشمس ، فينبغى أن لا يكون آخر أعمال المرء سوءاً وأشراً . لا سيما وهو وقت اجتماع ملائكة الليل والنهار ورفع الاعمال فيه فغلظت العقوبة

وقوله « منع فضل مائه » الحاصل أنه إذا حفرها فى موات بقصد الإحياء لنفسه ، أى لينتفع بمائها لم يلزمه إلا بذل ما زاد على حاجته ، وان حفرها بقصد نفع المسلمين فليس له المنع إلا إذا كان يملكه

أما حديث أبى هريرة الثانى فقد أخرجه أبو داود والإمام أحمد وابن ماجة بلفظ « لايحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة على يمين آثمة ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار » ورجاله ثقات وإسناده صحيح . هكذا فى زوائد ابن ماجه لابن حجر . وحديث جابر أخرجه مالك فى موطئه فى باب ماجاء فى الحنث على منبر النبى صلى الله عليه وسلم من كتاب الاقضية ، وفيه أن زيدبن ثابت وابن مطيع اختصما فى دار كانت بينهما إلى مروان بن الحكم - وهو أمير على المدينة - فقضى مروان على زيد باليمين على المنبر ، فقال زيد أحلف له مكانى ، فقال مروان « لا والله إلا عند مقاطع الحقوق» قال فجعل زيد يحلف ان حقه لحق ويأبى أن يحلف على المنبر ، فجعل مروان يعجب من ذلك

قال مالك لا أرى أحداً يحلف على المنبر على أقل من ربع دينار وذلك ثلاثة دراهم . اه - وروى حديث جابر أبو داود فى الأيمان والنذور «باب ماجاء فى تعظيم اليمين عند منبر النبى صلى الله عليه وسلم » وأحمد بن حنبل فى مسنده ، وأخرجه النسائى وصححه ابن خزيمة وابن حبان والحاكم وله شاهد عن أبى أمامة ابن ثعلبة مرفوعا عند النسائى أيضا

أما الاحكام فإنه يستحب أن يكون اللعان بمحضر جماعة من المسلمين صغاراً كانوا أو كباراً ؛ فقد رويت أخبار المتلاعنين بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم عن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد رواية من حضروها وسمعوا تفصيلاتها وكانوا حدثاء السن ، فإن عبد الله بن عباس ولد قبل الهجرة بثلاث سنين ، وكان ابن ثلاث عشرة سنة إذ توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم . هذا قول الواقدى والزبير بن بكار .

قال أهل السير : ولد عبد الله بن عباس فى الشعب قبل خروج بنى هاشم منه وذلك قبل الهجرة بثلاث سنين

وروينا من وجوه عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن عشر سنين ، وقد قرأت المحكم — يعنى المفصل — هذه رواية أبى بشر عن سعيد بن جبير ؛ وقد روى عن أبى إسحاق عن سعيد بن جبير عن ابن عباس قال قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ختين ، أو قال مختون . قال ابن عبد البر ولا يصح

وقال عبد الله بن أحمد ، حدثنا أحمد بن حنبل ، حدثنا سليمان بن داود ، حدثنا شعبة عن ابن اسحاق قال سمعت سعيد بن جبير يحدث عن ابن عباس قال ، توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا ابن خمس عشرة سنة . قال عبد الله بن أحمد قال أبى وهذا هو الصواب .

قال أبو عمر بن عبد البر وما قاله أهل السير والعلم بأيام الناس عندى أصح والله أعلم — وهو قولهم ان ابن عباس كان ابن ثلاث عشرة سنة يوم توفى رسول الله صلى الله عليه وسلم . ومات ابن عباس سنة ثمان وستين فى أيام ابن الزبير وكان قد أخرجه من مكة الى الطائف فمات بها وهو ابن سبعين سنة وصلى عليه محمد ابن الحنفية وكبّر عليه أربعاً وقال اليوم مات ربانىّ هذه الامة وضرب على قبره فسطاطا . وروى عن النبى صلى الله عليه وسلم من وجوه كثيرة قوله له اللهم علمه الحكمة . اللهم علمه التأويل . اللهم فقهه فى الدين

أما عبد الله بن عمر فقد أسلم مع أبيه وهو صغير لم يبلغ الحُلُم . وقيل انه

أسلم قبل أبيه ولا يصح . وأصح من ذلك أن هجرته كانت قبل هجرة أبيــــه ، واجتمعوا أنه لم يشهد بدراً . واختلف فى شهوده أحداً ، والصحيح أن أول مشاهده الخندق .

وقال الواقدى كان ابن عمر يوم بدر ممن لم يحتلم فاستصغره رسول الله (ص) ورده ، وأجازه يوم أحد . وعن نافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رده يوم أحد لأنه كان ابن أربع عشرة سنة ، وأجازه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة وقد عرف عنه رضى الله عنه الاتباع وشدة التحرى والاحتياط والتوقى فى فتواه ويقولون انه من أعلم الصحابة بمناسك الحج ، وقد كان مولعاً به حتى فى أيام الفتنة حيث كان يحج كل عام .

أما سهل فهو ابن سعد بن مالك بن خالد بن ثعلبة الساعدى الخزرجى الانصارى يكنى أبا العباس . روى ابن عبد البر بإسناده الى محمد بن اسحاق عن الزهرى قال قلت لسهل بن سعد « ابن كم كنت يومئذ - يعنى يوم المتلاعنين ؟ - قال ابن خمس عشرة . وروى بإسناده عن الزهرى عن سهل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم توفى وهو ابن خمس عشرة سنة ؛ وعمّر سهل حتى أدرك الحجاج وامتحن به ، وتوفى سنة ثمان وثمانين وهو ابن ست وتسعين ، وقد بلغ المائة ، ويقال انه آخر من بقى بالمدينة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ؛ حكى ابن عيينة عن ابى حازم ، سمعت سهل بن سعـــــد يقول « لو مت لم تسمعوا أحداً يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم

اذا تقرر هذا فإن هؤلاء الصبيان انما كانوا يحضرون تبعاً للرجال ، ولأن اللعان مبنى على التغليظ والمبالغة فى الردع به والزجر ، فإن فعله فى الجماعة أبلغ فى ذلك ، ويستحب أن يكون ذلك بعد العصر لقوله (ص) من حلف كاذبا منهما لغضب الله الحديث « ثلاثة لا يكلمهم الله » الذى ساقه المصنف ؛ كما يستحب أن لا ينقصوا عن أربعة ، لأن بينة الزنا الذى شرع اللعان من أجل الرمى به أربعة ، وليس شىء من هذا واجبا ، كما يستحب أن يتلاعنا قياماً ، فيبدأ بالزوج حيث يلتعن وهو قائم ، فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهى قائمة ، لما روى عن النبى (ص) انه قال لهلال بن أمية « قم فاشهد اربع شهادات » ولأنه اذا قام شاهده الناس

فكان أبلغ فى شهرته فاستحب كثرة الجمع وليس ذلك واجباً . وبهذا كله قال أحمد وأبو حنيفة . قال ابن قدامة ولا أعلم فيه مخالفاً . قلت إلا فيما يتعلق بالزمان فقد خالفنا فيه أصحاب أحمد وأبو حنيفة . قالوا لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ولم يقيده بزمن ولا مكان فلا يجوز تقييده إلا بدليل ، ولأن النبى صلى الله عليه وسلم أمر الرجل بإحضار امرأته ولم يخصه بزمن ، ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل ، وخالفهم فى ذلك أبو الخطاب من الحنابلة فقال بقولنا

ولنا أنه يستحب أن يتلاعنا فى الازمان والاماكن التى تعظم ، ولأن حديث « ثلاثة لا يكلمهم الله » وقت فى الوعيد على من حلف بعد العصر ، فناسب أن يراعى هذا استكمالا لكل معانى الردع والزجر .

أما المكان ففيه قولان (أحدهما) أن التغليظ به مستحب كالزمان (والثانى) أنه واجب ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم لاعن عند المنبر فكان فعله بياناً للعان ، ومعنى التغليظ بالمكان أنهما إذا كانا بمكة لاعن بينهما بين الركن والمقام فإنه أشرف البقاع ، وإن كانا فى المدينة فعند منبر النبى صلى الله عليه وسلم ، وإن كان ببيت المقدس فعند الصخرة ، وان كان فى سائر البلدان ففى مساجدها ، وان كانا كافرين بعث بهما الى الموضع الذى يعتقدان تعظيمه ، وان كانا يهوديين أو نصرانيين فالكنيسة ، وان كانا غير ذلك — قال القرطبى ان كانا مجوسيين ففى بيت النار ، وان كانا وثنيين أو لا دين لهما ففى مجلس حكمه . وان كانت المسلمة حائضا وقلنا ان اللعان بينهما يكون فى المسجد وقفت على بابه ولم تدخله ، لأن ذلك أقرب المواضع اليه .

وقال أبو على بن أبى هريرة لا يصعد الملاعن على المنبر إذ لا يليق بالمنبر أن يصعد عليه ملاعن لشرف المنبر وعلو مكانته ، وبكل ما قررنا قال الائمة كافة ولم أعلم لهم مخالفاً .

قال الشافعى فى الام فى باب « أين يكون اللعان » فإذا لاعن الحاكم بين الزوجين بمكة لاعن بينهما بين المقام والبيت — الى أن قال — وكذلك يلاعن بين كل زوجين فى مسجد كل بلد ، ويبدأ فيقيم الرجل قائماً والمرأة جالسة ، فيلتعن ثم يقيم المرأة قائمة فتلتعن ، إلا أن يكون بأحدهما علة لا يقدر على القيام معها

فيلتعن جالساً أو مضطجعاً إذا لم يقدر على الجلوس . وان كانت المرأة حائضاً التعن الزوج فى المسجد والمرأة على باب المسجد . وان كان الزوج مسلماً والزوجة مشركة التعن الزوج فى المسجد والزوجة فى الكنيسة وحيث تعظم ، وان شاءت الزوجة المشركة أن يحضر الزوج المسلم فى المساجد كلها حضرته الا أنها لا تدخل المسجد الحرام لقوله تعالى « انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هـذا »

ثم قال رضى الله عنه « وان أخطأ الإمام بمكة أو المدينة أو غيرهما فلاعن بين الزوجين فى غير المسجد لم يعد اللعان عليهما لأنه قد مضى اللعان عليهما ولانه حكم قد مضى بينهما وكذلك ان لاعن ولم يحضر أحدهما الآخر ، قال واذا كان الزوجان مشركين لاعن بينهما معاً فى الكنيسه وحيث يعظمان . واذا كانا مشركين لا دين لهما تحاكما الينا لاعن بينهما فى مجلس الحكم . اه

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿ فصل ﴾ واذا أرادا اللعان فالمستحب للحاكم أن يعظهما لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم ذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا ، فقال هلال والله لقد صدقت عليها ، فقالت كذب ، فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لاعنوا بينهما » وان كانت المرأة غير برزة بعث اليها الحاكم من يستوفى عليها اللعان ، ويستحب أن يبعث معه أربعة

﴿ فصل ﴾ ويبدأ بالزوج ويأمره أن يشهد ، لأن الله تعالى بدأ به وبدأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم فى لعان هلال بن أمية ؛ ولأن لعانه بينة لإثبات الحق ، ولعان المرأة بينة الانكار ، فقدمت بينة الإثبات

فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به لأن لعانها اسقاط الحد ، والحد لا يجب الا بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله ، والمستحب اذا بلغ الزوج الى كلمة اللعنة والمرأة الى كلمة الغضب أن يعظهما . لما روى ابن عباس رضى الله عنه قال « لما كان فى الخامسة قيل يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وان هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب ، فقال والله لا يعذبنى الله عليها كما لم

يجلدنى عليها فشهد الخامسة ، فلما كانت الخامسة قيل لها اتق الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وإن هذه الموجبة التى توجب عليك العذاب ، فتلكأت ساعة ثم قالت والله لا أفضح قومى فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ، ويستحب أن يأمر من يضع يده على فيه فى الخامسة ، لما روى ابن عباس رضى الله عنه أن النبى (ص) أمر رجلا أن يضع يده على فيه عند الخامسة يقول إنها موجبة .

﴿ فصـــل ﴾ وإن لاعن وهى غائبة لحيض أو موت قال أشهد بالله إنى لمن الصادقين فيما رميت به زوجتى فلانة ، ويرفع فى نسبها حتى تتميز . وإن كانت حاضرة ففيه وجهان

أحدهما يجمع بين الاشارة والاسم ، لأن مبنى اللعان على التأكيد ، ولهذا تكرر فيه لفظ الشهادة ، وإن حصل المقصود بمرة

والثانى أنه تكفيه الاشارة لأنها تتميز بالاشارة كما تتميز فى النكاح والطلاق

﴿ فصـل ﴾ وإن كان القذف بالزنا كرره فى الألفاظ الخمسة ، فإن قذفها بزنائين ذكرهما فى الألفاظ الخمسة ، لأنه قد يكون صادقاً فى أحدهما دون الآخر فإن سمى الزانى بها ذكره فى اللعان فى كل مرة ، لأنه ألحق به المعرة فى إفســـاد الفراش فكرره فى اللعان كالمرأة .

فإن قذفها بالزنا وانتفى من الولد قال فى كل مرة وأن هذا الولد من زنا وليس منى ، فإن قال هذا الولد ليس منى ولم يقل من زنا لم ينتف لأنه يحتمل أن يريد أنه ليس منى فى الخلق أو الخلق . وان قال هذا الولد من زنا ولم يقل وليس منى ففيه وجهان (أحدهما) وهو قول القاضى أبى حامد المروروذى أنه ينتفى منه لأن ولد الزنا لا يلحق به (والثانى) وهو قول الشيخ أبى حامد الإسفراينى أنه لا ينتفى لأنه قد يعتقد أن الوطء فى النكاح بلا ولى زنا على قول أبى بكر الصيرفى فوجب أن يذكر أنه ليس منى لينتفى الاحتمال

(الشرح) قال الشافعى رضى الله عنه : ويبدأ الرجل باللعان حتى يكمله ، فإذا أكمله خمساً التعنت المرأة ، وإن أخطأ الحاكم فبدأ بالمرأة فالتعنت ولو لم يبق من

لعان الرجل إلا حرف واحد من قبل أن الله عز وجل بدأ بالرجل فى اللعان فلا يجب على المرأة لعان حتى يكمل الرجل اللعان ، لأنه لا معنى لها فى اللعان الا إذا رفع الحد عن نفسها ، والحد لا يجب حتى يلتعن الرجل ثم يجب لأنها تدفع الحد عن نفسها وإلا حدت .

وإذا بدأ الرجل فالتعن قبل أن يأتى الحاكم أو بعد ما أتاه قبل أن يأمره بالالتعان أو المرأة أو هما أعاد أيهما بدأ قبل امر الحاكم إياه بالالتعان ، لأن ركانة أتى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبره بطلاق امرأته البتة وحلف له فأعاد النبي صلى الله عليه اليمين على ركانة ثم رد اليه امرأته بعد حلفه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يرد امرأته اليه قبل حلفه بأمره . اه

إذا تقرر هذا فإن ألفاظه خمسة فى حق كل واحد منهما ، وصفته أن الامام يبدأ بالزوج فيقيمه ويقول له : قل أربع مرات ويلقنه الصيغة التى مضى ذكرها ثم يشير اليها ويشير الى نسبها وتسميتها ، وان كانت غائبة أسماها ونسبها فقال ؛ امرأتى فلانة بنت فلان ويرفع فى نسبها حتى ينفى المشاركة بينها وبين غيرها ، فإذا شهد أربع مرات وقفه الحاكم وقال له : اتق الله فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وكل شىء أهون من لعنة الله ، ويأمر رجلا فيضع يده على فيه حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ؛ ثم يأمر الرجل فيرسل يده عن فيه فإن رآه يمضى فى ذلك قال له : قل وأن لعنة الله علىّ ان كنت من الكاذبين فيما رميت به زوجتى هذه من الزنا ، ثم يأمر المرأة بالقيام ويقول لها : قولى أشهد بالله أن زوجى هذا لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا وتشير اليه ، وان كان غائبا أسمته ونسبته ، فإذا كررت ذلك أربع مرات وقفها ووعظها كما ذكرنا فى حق الزوج ، ويأمر امرأة فتضع يدها على فيها ، فإن رآها تمضى على ذلك قال لها قولى وأن غضب الله عليها إن كان زوجى هذا من الصادقين فيما رمانى به من الزنا .

وسئل أحمد بن حنبل رضى الله عنه : كيف يلاعن ؟ قال على ما فى كتاب الله ثم ذكر ما قررناه من صفة اللعان ، فإن أبدل لفظا منها فظاهر كلام الاصحاب أن فيه وجهين (أحدهما) أنه يعتد به ، وهو ما ذهب اليه الخرقى من الحنابلة

أنه يجوز أن يبدل قوله : إنى لمن الصادقين بقوله لقد زنت لأن معناهما واحد ، ويجوز لها إبدال أنه لمن الكاذبين بقولها لقد كذب . لأنه ذكر صفة اللعان كذلك واتباع لفظ النص أولى وأحسن .

وإن أبدل لفظة أشهد بلفظ من ألفاظ اليمين فقال : أحلف أو أقسم أو أولى فكذلك مثله ، وان كان الصحيح فى هذا الأخير لا يصح ، لأن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات فى الحقوق ، ولأن اللعان يقصد فيه التغليظ واعتبار لفظ الشهادات أبلغ فى التغليظ فلم يجز تركه ، ولهذا لم يجز أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد .

وأما موعظة الامام لهما بعد الرابعة وقبل الخامسة فهى مستحبة فى قول أكثر أهل العلم . وكذلك وضع يد على فى الملاعن لما رواه أبو إسحاق الجوزجانى بإسناده فى حديث المتلاعنين قال « فشهد أربع شهادات بالله انه لمن الصادقين ، ثم أمر به فأمسك على فيه فوعظه وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ، ثم دعاها فقرأ عليها فشهدت أربع شهادات بالله انه لمن الكاذبين ، ثم أمر بها فأمسك على فيها وقال : ويحك كل شىء أهون عليك من عذاب الله . وذكر الحديث »

قال الشافعى فى الأم : ثم تقام المرأة فتقول أشهد بالله ان زوجى فلاناً وتشير اليه ان كان حاضراً لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا ، ثم تعود حتى تقول ذلك أربع مرات ، فإذا فرغت من الرابعة وقفها الامام وذكرها الله تبارك وتعالى وقال لها : احذرى أن تبوئى بغضب من الله عز وجل إن لم تكونى صادقة فى أيمانك ، فإن رآها تمضى وحضرتها امرأة أمرها أن تضع يدها على فيها ، وان لم تحضرها فرآها تمضى قال لها : قولى وعلىَّ غضب الله ان كان من الصادقين فيما رمانى به من الزنا ، فإذا قالت ذلك فقد فرغت من اللعان ، وإنما أمرت بوقفهما وتذكيرهما أن سفيان أخبرنا عن عاصم بن كليب عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر رجلا حين لاعن بين المتلاعنين أن يضع يده على فيه عند الخامسة وقال إنها موجبة

(مسألة) اذا كان بينهما ولد فإنه يشترط أن يقول : هذا الولد من زنا وليس هو منى ، لأنه إذا اقتصر على قوله : ليس هو منى — يعنى فى الخُلق أو أو فى الخلق ، ولم نقتصر على قوله من زنا لانه قد يعتقد أن الوطء فى نكاح فاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعاً .

وقال ابن قدامة من الحنابلة: إن نفى الولد فى اللعان فاكتفى به كان كمن ذكر اللفظين ، وما ذكروه من التأكيد تحكم بغير دليل ، ولا ينتفى الاحتمال بضم احدى اللفظتين الى الاخرى فإنه إذا اعتقد أنه من وطء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظين جميعا ، وقد يريد أنه لا يشبهنى خلقا وخلقاً أو أنه من وطء فاسد ، فإن لم يذكر الولد فى اللعان لم ينتف عنه ، وان أراد نفيه أعاد اللعان ويذكر نفى الولد . اه

هذه المسألة لأصحابنا فيها وجهان (أحدهما) قول القاضى أبى حامد المروروذى أنه اذا نسبه الى الزنا ولم ينفه عن نفسه فقد انتفى منه ، لان ولد الزنا لا يلحق به فكان نفيه بالزنا كافيا فى أن لا يلحق به

(والثانى) قول الشيخ أبى حامد الاسفرايينى أن نسبته الى الزنا لا يكفى فى نفيه لأنه قد يعتقد أن الوطء فى النكاح بلا ولى زنا ، لأن أبا بكر الصيرفى من أصحابنا يقول « ان النكاح بلا ولى زنا » وبقوله هذا قال كثير من الفقهاء والمحدثين لحديث « أيما امرأة نكحت بغير وليها فهى زانية ، فهى زانية ، فهى زانية » وقد مضى تخريجه .

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ واذا لاعن الزوج سقط عنه ماوجب بقذفه من الحد أو التعزير والدليل عليه ماروى عبد الله بن عباس رضى الله عنه « أن هلال بن أمية قذف امرأته فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم البينة أو حد فى ظهرك ، فقال هلال والذى بعثك بالحق انى لصادق ، ولينزلن الله فى امرى ما يبرىء ظهرى من الحد فنزلت « والذين يرمون ازواجهم » فسُرِّىَ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا ، فقال هلال قد كنت أرجو

ذلك من ربى عز وجل » وإن قذفها برجل فسماه فى اللعان سقط عنه حده ، لأنه سماه فى اللعان فسقط حده كالمرأة ، فإن لم يسمه فى اللعان ففيه قولان

(أحدهما) يسقط حده لأنه أحد الزانيين فسقط حده باللعان كالزوجة

(والثانى) لا يسقط حده لأنه لم يسمه فى اللعان فلم يسقط حده كالزوجة إذا لم يسمها ، فعلى هذا إذا أراد إسقاط حده استأنف اللعان وذكره وأعاد ذكر الزوجة .

﴿ فصل ﴾ وإن نفى باللعان نسب ولد انتفى عنه لما روى ابن عمر رضى الله عنه « أن رجلا لاعن امرأته فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى عن ولدها ، ففرق رسول الله (ص) بينهما وألحق الولد بالمرأة » فان لم يذكر النسب فى اللعان أعاد اللعان لأنه لم ينتف باللعان الأول

(الشرح) حديث عبد الله بن عباس سبق تخريجه حيث قلنا رواه البخارى وأحمد وأبو داود والترمذى وابن ماجه والدارقطنى . وحديث ابن عمر أخرجه أحمدوالشيخان وأصحاب السنن وأبوداود والترمذىوالنسائىوابنماجه والدارقطنى أما غريبه فقوله « فسرى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم » أى كشف ، كأنه هم كشفه الله عن صدره .

قال ابن بطال : ومثله الحديث الآخر « فاذا مطرت السحابة سرى عنه » أى كشف عنه الخوف .

قال ابن الصباغ فى الشامل : قصة هلال بن أمية نزلت فيها الآية . وأما قوله صلى الله عليه وسلم فى قصة عويمرالعجلانى «إن الله قد أنزل فيك وفى صاحبتك » فمعناه ما نزل فى قصة هلال بن أمية .

أما الأحكام فانه إذا قذف امرأته بالزنا برجل بعينه فقد قذفهما ، فان سماه سقط عنه حده لأنه سماه وإن لم يسمه ففيه قولان . أحدهما يسقط حده ، وبهذا قال أصحاب أحمد وأبوحنيفة ومالك . والثانى لايسقط حده لأنه لم يسمه فىاللعان فلم يسقط . فان لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة ، وأيهما طالب حد له . ومن لم يطالب قال بعض أصحابنا يجب الحد مطلقاً . وقال بعض أصحاب أحمد : القذف

للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرهاحق فى المطالبة ولا فى الحد ، لأن هلال بن أمية قذف زوجته فى شريك بن سحماء فلم يحده النبي (ص) ولا عزره ، ولأن اللعان بينة فى أحد الطرفين ، ولا خلاف عندنا انه إذا لاعن وذكر الاجنبي إنه يسقط عنه حده . وإن لم يذكره فعلى قولين مضيا

(فرع) استدل بحديث ابن عمر على أن الولد ينتفى باللعان ، وأن يذكر فى صيغة اللعان ، وعن أحمد أنه ينتفى بمجرد اللعان وإن لم يتعرض الرجل لذكره فى اللعان . قال الحافظ ابن حجر وفيه نظر ، لأنه لو استلحقه لحقه ، وإنما يؤثر اللعان دفع حد القاذف عنه وثبوت زنا المرأة

قال الشافعى رضى الله عنه إن نفى الولد فى الملاعنة انتفى ، وان لم يتعرض له فله أن يعيد اللعان لانتفائه ولا إعادة على المرأة . وان أمكنه الرفع الى الحاكم فأخر بغير عذر حتى ولدت لم يكن له أن ينفيه كما فى الشفعة ، واستدل بالحديث أيضا على أنه لا يشترط فى نفى الولد التصريح بأنها ولدته من زنا ولا بأنه استبرأها بحيضة . وقد مضى إيضاحه . وعن المالكية أنه يشترط ذلك

قال المصنف رحمه الله تعالى :

﴿ فصل ﴾ ويجب على المرأة حد الزنا ، لأنه بينة حقق بها الزنا عليها فلزمها الحد كالشهادة ، ولا يجب على الرجل الذى رماها به حد الزنا ، لأنه لا يصح منه درء الحد باللعان فلم يجب عليه الحد باللعان

﴿ فصل ﴾ وان كان اللعان فى نكاح صحيح وقعت الفرقة لحديث ابن عمر رضى الله عنه وحرمت عليه على التأبيد لما روى سهل بن سعد الساعدى رضى الله عنه قال «مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبداً» فان كان اللعان فى نكاح فاسد ، أو كان اللعان بعد البينونة فى زنا أضافه الى حال الزوجية فهل تحرم المرأة على التأبيد ؟ فيه وجهان . أحدهما تحرم ، وهو الصحيح ، لأن ما أوجب تحريماً مؤبداً اذا كان فى نكاح أوجبه ، وان لم يكن فى نكاح كالرضاع

(والثانى) لا يحرم ، لأن التحريم تابع للفرقة ولم يقع بهذا اللعان فرقة فلم يثبت به تحريم .

﴿ فصل ﴾ وللمرأة أن تدرأ حد الزنا عنها باللعان لقوله عز وجل « ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين» ولا تذكر المرأة النسب فى اللعان ، لأنه لا مدخل لها فى إثبات النسب ولا فى نفيه .

﴿ فصل ﴾ إذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه وجب عليه حد القذف إن كانت المرأة محصنة ، أو التعزير إن لم تكن محصنة ولحقه النسب لأن ذلك حق عليه فعاد بتكذيبه ، ولا يعود الفراش ولا يرتفع التحريم ، لأنه حق له فلا يعود بتكذيبه نفسه ، وإن لاعنت المرأة ثم أكذبت نفسها وجب عليها حد الزنا لأنه لا يتعلق بلعانها أكثر من سقوط حق الزنا وهو حق عليها فعاد بإكذابها

(الشرح) حديث ابن عمر الذى ذكرناه آنفاً ، وحديث سهل بن سعد الذى أخرجه أحمد والشيخان وأبو داود والنسائى وابن ماجه والدارقطنى ، وقد مضى بلفظه ، وفيه قصة عويمر العجلانى ، وسياق المصنف يفيد أن عبارة « مضت السنة فى المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان » من قول سهل بن سعد ، بيد أن الروايات التى فى الكتب المذكورة قال ابن عمر « فكانت سنة المتلاعنين » وفى رواية متفق عليها ، أى فى مسند أحمد والصحيحين « ذاكم التفريق بين كل متلاعنين » وفى لفظ لأحمد ومسلم « وكان فراقه إياها سنة فى المتلاعنين » وزاد أبو داود عن القعنبى عن مالك فكانت تلك — وهى إشارة إلى الفرقة . وقال مسلم إن قوله وكان فراقه اياها سنة بين المتلاعنين مدرج[1] وكذا ذكر الدارقطنى فى غريب مالك اختلاف الرواة على ابن شهاب . وذكر ذلك الشافعى فى الأم الى أن نسبته الى ابن شهاب لا تمنع نسبته الى سهل ، ويؤيد ذلك ماوقع فى رواية لأبى داود عن سهل قال « فطلقها ثلاث تطليقات عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ما صنع عند رسول الله (ص)

---

(١) المدرج هو أن تزاد لفظة فى متن الحديث من كلام الراوى فيحسبها من يسمعها مرفوعة فى الحديث فيرويها ، وقد صنف الحافظ أبو بكر الخطيب فى ذلك كتاباً حافلا سماه : فصل الوصل لما أدرج فى النقل ، وقد يكون الإدراج فى الإسناد على تفصيل نذكره فى مناسبته

سنة . وفى نسخة الصغانى قال أبو عبد الله - يعنى البخارى - قوله « ذلك تفريق بين المتلاعنين » من قول الزهرى وليس من الحديث

أما الأحكام فقد قال الشافعى رضى الله عنه : ومتى التعن الزوج فعليها أن تلتعن فإن أبت حدت — الى أن قال — وان امتنعت من اليمين وهى مريضة فكانت ثيباً رجمت . اه

(قلت) ولا يجب اقامة الحد على الرجل الذى زنى بها ، لأننا اذا قلنا يجب أن يقام الحد عليها ببينة الزنا بلعان الزوج فإنه يدرأ عنها الحد أن تلاعنه . واذا كان على الزوج حد القذف فإنه يدرأ عنه ذلك بلعانه . أما الذى رميت به فليس له أن يشترك فى الملاعنة ليدرأ عن نفسه فعلا يجب عليه الحد لأجله ، فلم يكن عليه حد ، وبصورة أخرى نقول لما كان اللعان لدرء الحد ، ولما كان لا لعان عليه كان لا حد عليه

(فرع) قال الشافعى رضى الله عنه فإذا أكمل الزوج الشهادة والالتعان فقد زال فراش امرأته ولا تحل له أبداً بحال ، وان أكذب نفسه لم تعد اليه التعنت أو لم تلتعن ، حدت أو لم تحد ، قال وانما قلت هذا لأن رسول الله (ص) قال « الولد للفراش » وكانت فراشا فلم يجز أن ينفى الولد عن الفراش الا بأن يزول الفراش فلا يكون فراش أبداً .

ثم ساق حديث ابن عمر ثم قال « وكان معقولا فى حكم رسول الله (ص) اذا ألحق الولد بأمه أنه نفاه عن أبيه وأن نفيه عن أبيه بيمينه والتعانه لا بيمين أمه على كذبه بنفيه ، ومعقول فى اجماع الناس أن الزوج اذا أكذب نفسه ألحق به الولد وجلد الحد ، لأن لا معنى للمرأة فى نفيه ، وأن المعنى للزوج بما وصفت من نفيه ، وكيف يكون لها معنى فى يمين الزوج ونفى الولد والحاقه ، والولد بكل حال ولدها لا ينفى عنها انما عنه ينفى واليها ينسب اذا نسب

(فرع) سبق أن قلنا ان مذهبنا حصول الفرقة بلعان الزوج وحده وان لم تلتعن المرأة لأنها فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق . وقال سائر الائمة ان الشرع أمر بالتفريق بين المتلاعنين ، وانما فرق النبى (ص) بينهما بعد تمام اللعان منهما . فإذا قلنا بأن اللعان منه يوجب الفرقة بينهما وتحرم

عليه على التأبيد إذا كان نكاحهما صحيحاً . أما إذا كان النكاح فاسداً أو بعد بينونة فى زنا أضافه إلى حال الزوجية ، فهل تكون محرمة على التأبيـــد ؟ وجهان ذكرهما المصنف .

(فرع) الفرقة باللعان فسخ عندنا . وقال أبو حنيفة : هى طلاق لأنها فرقة من جهة الزوج تختص النكاح فكانت طلاقاً كالفرقة بقوله أنت طالق . ولنا أنها فرقة توجب تحريماً مؤبداً فكانت فسخاً كفرقة الرضـــاع ، ولأن اللعان ليس بصريح فى الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقاً كسائر ما ينفسخ به النكاح وبهذا قال أحمد وأصحابه ، واستدلوا كذلك بكونه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة .

(فرع) قوله « إذا لاعن الزوج ثم أكذب نفسه الخ » فجملة ذلك أن الرجل اذا قذف امرأته ثم أكذب نفسه فلها عليه الحد ، سواء أكذبها قبل لعانه أو بعده . وقوله « أكذب نفسه » قال فى المصباح شرح غريب الشرح الكبير للرافعى وأكذب نفسه وكذبها بمعنى اعترف بأنه كذب فى قوله السابق

قال الكسائى : وتقول العرب أكذبته بالألف اذا أخبرت بأن الذى حدث كذب . انتهى

وهذا أصرح ما فى النعوت من حكاية غير الواقع ، وترى الفقهاء ينزهون ألسنتهم فيما بينهم عن استعمال هـذه الكلمة فيقولون عند احتمال الكذب : ليس الأمر كذلك . وعند احتمال الغلط أو التلبيس يقولون : لا نسلم ويشيرون الى المطالبة بالدليل تارة والى الخطأ فى النقل تارة والى التوقف تارة ، فإذا أغلظوا فى الرد قالوا ليس كذلك وليس بصحيح ، وقد رأيت بعض من يتسمون بسمات العلم فى عصرنا يتراشقون بالتكذيب وما هو أشد منه فى أمور خلافية ، فيخرجون عن آداب البحث وعن حياء أهل المجادة من حملة العلم العاملين

ونعود فنقول وجب على الزوج حد القذف بعد الإكذاب ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور وأصحاب الرأى ومالك ولا نعلم لهم مخالفا ، وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة فى حق الزوج فإذا أكذب نفسه بان أن لعانها كذب وزيادة فى هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذى كان واجبا بالقذف المجرد للحرة البالغة ،

فالصبية ليست محصنة وكذلك غير الحرة ، فإن عاد عن أكذاب نفسه وقال لى بينة أقيمها بزناها أو أراد اسقاط الحد عنه باللعان لم يسمع منه خلافه ، وهذا فيما اذا كانت المقذوفة محصنة ، فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير ، وفى ذلك كله يلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد حيا أو ميتا ، غنيا أو فقيراً ، وبهذا قال أحمد وأبو ثور . وقال الثورى : اذا استلحق الولد الميت نظرنا — فإن كان ذا مال — لم يلحقه لأنه انما يدعى مالا ، وان لم يكن ذا مال لحقه

وقال أصحاب الرأى : ان كان الولد الميت ترك ولداً ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب ابنه ، وان لم يكن ترك ولداً لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعى شيئا لأن نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقا لولده وتبعه نسب الميت

دليلنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حيا أو كان له ولد ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل ابو حنيفة نسب الولد تابعا لنسب ابنه فجعل الاصل تابعا للفرع وذلك باطل

فأما قول الثورى انه انما يدعى مالا ، قلنا انما يدعى النسب والميراث والمال تبع له ؛ فان قيل هو متهم فى أن غرضه حصول الميراث ، قلنا ان النسب لا تمنع التهمة لحوقه ، بدليل انه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لزمه وسقط ميراث أخيه ولو كان الابن حيا وهو غنى والاب فقير فاستلحقه فهو متهم فى ايجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله ، فكذلك ههنا ، ثم كان ينبغى أن يثبت النسب ههنا لأنه حق للولد ولا تهمة فيه ، ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع التبع انقطاع الاصل

ونخلص من كل ما سبق أن أربعة أحكام تعلقت باللعان ، حقان عليه وحقان له ، فما عليه وجوب الحد ولحوق النسب ، وما له الفرقة والتحريم المؤبد ، فاذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه ، فلزمه الحد والنسب فلم يقبل فيما له ، فلم تزل الفرقة أو التحريم المؤبد

وعن أحمد رواية : ان أكذب نفسه حلت له وعاد فراشه بحاله . قال ابن قدامة هى رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه

(فرع) للمرأة فى ملاعنته حق نفى الزنا ودرء الحد عن نفسها فإن هى أكذبت نفسها بعد أن لاعنته وجب أن يقام الحد عليها لأن حق الزنا عليها قد أضاعته بلعانها فعاد بإكذابها .

قال المصنف رحمه الله تعالى

﴿فصل﴾ وإن مات الزوج قبل اللعان وقعت الفرقة بالموت وورثته الزوجة لأن الزوجية بقيت إلى الموت ، فإن كان هناك ولد ورثه ، لأنه مات قبل نفيه ، وما وجب عليه من الحد أو التعزير بقذفها سقط بموته ، لأنه اختص ببدنه وقد فات ، وإن ماتت الزوجة قبل لعان الزوج وقعت الفرقة بالموت وورثها الزوج ، لأن الزوجية بقيت إلى الموت ، وإن كان هناك ولد فله أن يلاعن لنفيه ، لأن الحاجة داعية إلى نفيه ، فإن طالبه ورثتها بحد القذف لاعن لإسقاطه ، ولا يسقط من الحد لو لم يلاعن شىء لحقه من الإرث كما يسقط ما لها عليه من القصاص ، لأن القصاص ثبت مشتركاً بين الورثة ، فاذا سقط مايخصه بالإرث سقط الباقى وحد القذف يثبت جميعه لكل واحد من الورثة ، ولهذا لو عفا بعضهم عن حقه كان للباقين أن يستوفوا الجميع ، فان مات الولد قبل أن ينفيه باللعان جاز له نفيه باللعان ، لأنه يلحقه نسبه بعد الموت فجاز له نفيه ، وإذا نفاه لم يرثه لأنا تبينا باللعان أنه لم يكن ابنه .

﴿ فصل ﴾ إذا قذف امرأته وامتنع من اللعان فضرب بعض الحد ثم قال أنا ألاعن سمع اللعان وسقط مابقى من الحد ، وكذلك إذا نكلت المرأة عن اللعان فضربت بعض الحد ، ثم قالت أنا ألاعن سمع اللعان وسقط بقية الحد ، لأن ما أسقط جميع الحد أسقط بعضه كالبينة

(فصل) إذا قذفها ثم تلاعنا ثم قذفها نظرت — فان كان بالزنا الذى تلاعنا عليه — لم يجب عليه حد لأن اللعان فى حقه كالبينة ، ولو أقام البينة على القذف ثم أعاد القذف لم يجب الحد ، فكذلك إذا لاعن

وإن قذفها بزنا آخر ففيه وجهان (أحدهما) انه لا يجب الحد ، لأن اللعان فى حقه كالبينة ، ثم بالبينة يبطل إحصانها فكذلك باللعان (والثانى) يجب عليه

الحد ، لأن اللعان لا يسقط إلا ما يجب بالقذف فى الزوجية لحاجته الى قذف الزوجة ، وقد زالت الزوجية باللعان فزالت الحاجة الى القذف فلزمه الحد، وان تلاعنا ثم قذفها أجنبى حد ، لأن اللعان حجة يختص بها الزوج فلا يسقط به الحد عن الاجنبى فان قذفها ولاعنها ونكلت عن اللعان لحدت فقد اختلف أصحابنا فيها ؛ فقال أبو العباس : لا يرتفع احصانها إلا فى حق الزوج ، فان قذفها أجنبى وجب عليه الحد لأن اللعان حجة اختص بها الزوج فلا يبطل به الاحصان إلا فى حقه . وقال أبو إسحاق : يرتفع احصانها فى حق الزوج والاجنبى ، فلا يجب على واحد منهما الحد بقذفها ، لأنها محدودة فى الزنا فلم يحد قاذفها ، كما لو حدت بالاقرار أو البينة

(الشرح) الأحكام : اذا قذفها ثم مات قبل لعانها أو قبل اتمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته فى قول جميع الفقهاء ، ولأن اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه . وان مات بعد أن أكمل لعانه فقد بانت بلعانه ولو لم تلاعن هى ، وسقط التوارث بينهما وانتفى الولد ولزمها الحد الا أن تلتعن

وقال أحمد : ان مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكمن مات قبل أن يتم لعانه أو قبل أن يلاعن يسقط اللعان ويلحقه الولد وترثه . لأن أحكام اللعان مترتبة على اللعان عنده . وتمامه أن تلاعن هى

دليلنا قول ابن عباس رضى الله عنهما: ان التعن لم يرث . ونحو ذلك عن الشعبى وعكرمة . لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث . كما لو التعن فى حياتها وقال أحمد : ان ماتت على الزوجية فورثها كما لو لم يلتعن . ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكم بعد موتها كالطلاق . وفارق اللعان فى الحيـــاة فانه يقطع الزوجية . على أنهم قالوا : لو لاعنها ولم تلتعن هى لم تنقطع الزوجية أيضا فههنا أولى . وقال الشـافعى رضى الله عنه « ان كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن » وهـذا ينبنى على أصل — وهو أن اللعان انما يكون بين الزوجين — فان لعان الرجل وحده يثبت به الحكم . وعند أحمد بخلاف ذلك . فان كانت طالبت بالحد فى حياتها — فان كان للمرأة وارث غير الزوج — فله اللعان ليسقط الحد عن

نفسه ، وإلا فلا لعدم الحاجة اليه . وقال أصحاب أحمد : إن أولياءها يقومون فى الطلب به مقامها — فإن طولب به فله إسقاطه باللعان وإلا فلا ، لأنه لا حاجة اليه مع عدم الطلب فإنه لا حد عليه

(فرع) إذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد فإنه يورث كالمطالب سواء بسواء ، لقول النبى صلى الله عليه وسلم « من ترك حقاً فلورثته » ولأنه حق ثبت فى الحياة يورث إذا طالب به فيورث وإن لم يطالب به كحق القصاص

وقال أحمد : إنه حد تعتبر فيه المطالبة فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع فى السرقة .

(فرع) فإن لم يكذب نفسه ولكن لم يكن له بينة ولم يلاعن أقيم عليه ، فإن أقيم عليه بعضه وقال أنا ألاعن قبل منه لأن اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة ، فإن ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت عليه بينة أنه قذفها بالزنا ، فقال صدقت البينة وليس ذلك قذفاً ، لأن القذف الرمى بالزنا كذباً وأنا صادق فيما رميتها به لم يكن ذلك إكذاباً لنفسه لأنه مصر على رميها بالزنا ، وله إسقاط الحد باللعان ، ومذهب أحمد رضى الله عنه فى هذا كمذهبنا

وكذلك نقول فيمن نكلت عن اللعان فضربت بعض الحد ثم قالت أنا ألاعن فإنه يسقط مابقى من الحد ، لأن اللعان يسقط الحد كله ، فلأن يسقط بعضه أولى ولأن اللعان قام مقام البينة فأوقف الحد وأسقط باقيه

(مسألة) إن قذفها فى الزوجية ولاعنها ثم قذفها بالزنا الأول فلا حد عليه لأنه قد حققه بلعانه ، وعند أصحاب أحمد يحتمل أن يحد كما لو قذفها به أجنبى . أما إذا قذفها بزنا آخر ففيه وجهان (أحدهما) أنه لا يجب عليه الحد ، لأن الله تعالى قال « والذين يرمون المحصنات » فاشترط لإقامة الحد بالقذف أن تكون المقذوفة منعوتة بالإحصان ، فإذا لاعنها فقد زال إحصانها ، لأن اللعان كالبينة. (والثانى) يجب عليه الحد ، لأن اللعان لا يسقط إلا مايجب بالقذف فى الزوجية لحاجته اليه ، وقد صارت باللعان أجنبية عنه فزالت الحاجة إلى القذف ، وفى القذف بغير حاجة إشاعة للفاحشة بين الذين آمنوا فوجب الحد . وبهذا قال

ابن عباس والزهرى والشعبى والنخعى وقتادة ومالك وأبو عبيد وأحمد بن حنبل :

(فرع) اذا قذفها أجنبى بعد لعانه فإن كانت قد درأت عن نفسها الحد باللعان أقيم على الاجنبى الحد قولا واحداً ، وان نكلت فقد اختلف أصحابنا ، فعلى قول أبى العباس بن سريج يجب حده لأنه لم يرتفع احصانها الا فى حق الزوج . وعلى قول أبى اسحاق المروزى يرتفع احصانها مطلقاً فلا يجب على أحد الحد بقذفها ، لأنها محدودة باللعان كما لو حدت بالاقرار أو بالبينة

قال ابن قدامة : فأما ان أقام بينة فقذفها قاذف بذلك الزنا أو بغيره فلا حد عليه لأنه قد زال احصانها ، ولأن هـــذا القذف لم يدخل المعرة عليها ، وانما دخلت المعرة بإقامة البينة ، ولكنه يعزر تعزير السب والاذى . وهكذا كل من قامت البينة بزناه لا حد على قاذفه .

وبه قال الشافعى وأصحاب الرأى ، ولكنه يعزر تعزير الأذى والسب ولا يملك الزوج اسقاطه عن نفسه باللعان لما قدمناه . اهـ . والله تعالى أعلم بالصواب وهو حسبنا ونعم الوكيل .

تمّ الجزء السابع عشر ويليه الجزء الثامن عشر
وأوله كتاب الايمان